This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 7, 1903

Switzerland. Bundesgericht

ENTSCHEIDUNGEN

des

SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTES

aus dem Jahre 1887.

AMTLICHE SAMMLUNG

XIII. Band.

ARRÊTS

DU

TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE

en l'année 1887.

RECUEIL OFFICIEL

XIIIe VOLUME

LAUSANNE

GEORGES BRIDEL ÉDITEUR

1888

Rec. Jan. 7, 1903

INHALTSVERZEICHNISS — TABLE DES MATIÈRES

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN
ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

Seite

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice . . . 99, 351

II. Gleichheit vor dem Gesetze. — Egalité devant la loi. 1, 104, 251

III. Doppelbesteuerung. — Double imposition . . 106, 256

IV. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken. — Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte 363

V. Pressfreiheit. — Liberté de la presse 258

VI. Vereins- und Versammlungsrecht. — Droit d'association et de réunion 6

VII. Gerichtsstand. — Du for.

1. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten. — For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels . . . 376

Seite

2. Unzulässigkeit der geistlichen Gerichtsbarkeit. — Inadmissibilité de la juridiction ecclésiastique. 113

3. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile 383

4. Arreste. — Saisies et séquestres . . . 11, 157

VIII. Schuldverhaft. — Contrainte par corps. . . . 164

IX. Vollziehung kantonaler Urtheile. — Exécution de jugements cantonaux 262, 387

X. Gesetzgebungsrecht des Bundes betreffend das Obligationenrecht, etc. — Attributions législatives de la Confédération en matière de droit des obligations 168

XI. Kompetenz der Bundesbehörden. — Compétences des autorités fédérales 173

XII. Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen. — Différends de droit public entre cantons . . 394

Zweiter Abschnitt. — Seconde section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Organisation der Bundesrechtspflege. — Organisation judiciaire fédérale 275

II. Bau und Betrieb der Eisenbahnen. — Construction et exploitation des chemins de fer 276

III. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage. . . 182

IV. Fabrik- und Handelsmarken. — Marques de fabrique. 419

V. Obligationenrecht. — Code des obligations . . . 429

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

Seite

I. In Konkurssachen. — Droit de concours dans les faillites 440

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Eingriffe in garantirte Rechte. — Atteintes portées à des droits garantis 16, 281, 444

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande. Traités de la Suisse avec l'étranger.

I. Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse. — Rapports de droit civil.

1. Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869. — Traité avec la France du 15 juin 1869 . 22, 290

II. Auslieferung. — Extradition.

1. Vertrag mit Deutschland. — Traité avec l'Allemagne 295

2. Vertrag mit Frankreich. — Traité avec la France 457

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

Seite

I. Heimatlosigkeit. — Heimatlosat 461

II. Organisation der Bundesrechtspflege. — Organisation judiciaire fédérale 35, 186

III. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage . 40, 187

IV. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. — Responsabilité des entreprises de chemins de fer en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles . . 44, 473

V. Haftpflicht für den Fabrikbetrieb. — Responsabilité pour l'exploitation des fabriques. . . 59, 480

VI. Obligationenrecht. — Droits des obligations 65, 193, 304, 485

VII. Rechnungswesen der Eisenbahnen. — Comptabilité des compagnies de chemins de fer 92

VIII. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen. — Différends de droit civil entre la confédération et des cantons 522

IX. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen. — Différends de droit civil entre des cantons . . . 319

X. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits. — Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part 338, 526

REGISTER

		Seite
I.	Alphabetisches Sachregister	543
II.	Gesetzesregister.	567
III.	Personenregister	575
IV.	Alphabetisch geordnetes Verzeichniss der im Jahre 1886 vom Bundesgerichte gefällten, jedoch in dieser Sammlung nicht abgedruckten Entscheide	581
V.	Zusammenstellung der Entscheidungen aus dem Jahre 1886 nach den drei Nationalsprachen . .	590
VI.	Berichtigungen	

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN DES CONTESTATIONS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Gleichheit vor dem Gesetze. Egalité devant la loi.

1. Urtheil vom 29. Januar 1887 in Sachen Kempin.

A. Auf 24. November 1886 war vor dem Bezirksgericht Zürich (II. Sektion) Tagfahrt zur Verhandlung in einer Forderungsstreitsache des Walther Kempin, zur Zeit in Remscheid (Rheinpreußen), Klägers und Widerbeklagten, gegen Frau Schweizer-Körner in Zürich, Beklagte und Widerklägerin, angesetzt. Für den Kläger und Wiederbeklagten erschien dessen Ehefrau Emilie geb. Spyri und beantragte zunächst, sie sei als Vertreterin, eventuell als Cessionarin ihres Ehemannes zum Vortrage über die Sache selbst zuzulassen. Der Anwalt der Beklagten und Widerklägerin opponirte diesem Antrage und das Bezirksgericht erkannte, gestützt auf § 174 des zürcherischen Gesetzes über die Rechtspflege, wonach zur Vertretung Dritter in Civilsachen der Besitz des Aktivbürgerrechtes erforderlich sei, der Frau Kempin werde die Vertretung ihres Mannes nicht gestattet.

B. Gegen diesen Beschluß beschwert sich Frau Emilie Kempin geb. Spyri im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bun-

desgeriche. Sie führt im wesentlichen aus: Von Geburt und durch Verehelichung Zürcherbürgerin, habe sie nach bestandenem Maturitätsexamen mit Einwilligung und in vollem Einverständniß ihres Mannes seit dem Sommersemester 1884 an der Zürcher Universität juristischen Studien obgelegen und gedenke, nach erlangtem Ausweis über dieselben, sich der Advokatur zu widmen. Ihre Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluß stütze sich in erster Linie auf Art. 4 der Bundesverfassung, wonach es in der Schweiz keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familie oder Personen gebe. Gegen diesen Grundsatz verstoße das Bezirksgericht Zürich, wenn es dem weiblichen Schweizerbürger den Besitz des Aktivbürgerrechtes abspreche, aus dem einzigen Grunde, weil dieser Schweizerbürger weiblichen Geschlechtes sei. Die Bundesverfassung mache in konsequenter Durchführung des in Art. 4 aufgestellten Prinzips keinen Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Staatsbürgern. Die Grundsätze und Gewährleistungen der Art. 31, 43, 45, 56, 59 der Bundesverfassung beziehen sich zweifellos in gleicher Weise auf Mann und Frau. Nicht einmal Art. 18 mache eine Ausnahme von der verfassungsmäßigen Gleichstellung sämmtlicher Staatsangehörigen; es sei gar nicht gesagt, daß der in diesem Artikel niedergelegte Grundsatz „Jeder Schweizer ist wehrpflichtig", nicht auch auf die Frauen in der Art angewendet werden könnte, daß ein Theil des weiblichen Geschlechtes zum Sanitätsdienste herangezogen und der übrige der Militärpflichtersatzsteuer unterworfen würde. Ein verfassungsmäßiges Hinderniß stünde dem nicht entgegen. Es dürfe also aus Art. 18 der Bundesverfassung nicht gefolgert werden, daß die Bundesverfassung zum Theil auf beide Geschlechter, zum Theil dagegen nur auf Männer anwendbar sei. Im Fernern verstoße der bezirksgerichtliche Beschluß gegen die in Ermangelung eines Ausführungsgesetzes zu Art. 66 der Bundesverfassung anwendbaren Bestimmungen der Art. 16 und 18 der zürcherischen Kantonsverfassung. Keine Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung definire, was unter „Aktivbürgerrecht" zu verstehen sei. Arg. e contrario sei aber aus Art. 16 und 18 der Kantonsverfassung zu folgern, daß jede zwanzigjährige, vollkommen handlungsfähige Person im Besitze des Aktivbürger-

rechtes sei, so lange sie in demselben nicht (wegen Verbrechen oder Vergehen, in Folge Konkurses oder wegen dauernder Almosengenössigkeit) eingestellt werde. Einen Unterschied zwischen Personen männlichen und weiblichen Geschlechtes machen auch Art. 16 und 18 der Kantonsverfassung nicht. Wenn die Frauen bisher im Kanton Zürich das Stimmrecht nicht beansprucht haben, so sei dasselbe ihnen dadurch nicht verloren gegangen. Auch vorausgesetzt übrigens, die Frauen wären nicht sämmtlicher politischer Rechte theilhaft, so sei damit noch nicht gesagt, daß sie das Aktivbürgerrecht nicht besitzen. Das Stimmrecht sei, (wie sich z. B. aus Art. 74 B.-V. ergebe) keine Voraussetzung des Aktivbürgerrechtes, sondern umgekehrt das Aktivbürgerrecht eine Bedingung für die Existenz des Stimmrechts. Aktivbürgerrecht sei gleichbedeutend mit bürgerlicher Ehrenfähigkeit. Diese stehe auch solchen zu, welche ein Stimmrecht nicht besitzen. Wenn das Bezirksgericht ausführe, daß jedenfalls der Rekurrentin als Ehefrau das Aktivbürgerrecht nicht zustehe, weil sie unter ehemännlicher Vormundschaft stehe, so sei auch dies unrichtig. Die Vormundschaft des Ehemannes erstrecke sich nur auf das Vermögen, nicht auf die Person der Ehefrau. Sobald letztere durch selbständige Ausübung eines Berufes oder Gewerbes für alle ihre Handlungen selbst verantwortlich werde, so falle auch die Vormundschaft des Ehemannes weg. Das Bezirksgericht behaupte ferner, es sei ganz irrelevant, ob der Ehemann der Recurrentin dieselbe zu Führung des Advokaturberufes habe ermächtigen wollen oder nicht, da die Advokatur kein Handelsgeschäft sei. Dies sei aber offenbar unrichtig, da § 7 des Bundesgesetzes betreffend die Handlungsfähigkeit und Art. 35 Obligationenrecht (und zwar mit vollem Bewußtsein) nicht nur vom Betriebe eines „Handelsgewerbes" sprechen. Seit dem Inkrafttreten dieser Gesetze könne daher eine Ehefrau durch ihren Ehemann auch zu Betreibung eines Berufes (wie die Advokatur) ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt werden. Es seien demnach auch die der Rekurrentin durch die citirten Bundesgesetze gewährleisteten Rechte verletzt. Die Rekurrentin ersuche daher das Bundesgericht, den bezirksgerichtlichen Beschluß vom 24. November zu kassiren a) durch Anerkennung ihres Aktivbürgerrechts, b) durch Aner-

kennung ihrer Handlungsfähigkeit mit dem Momente der selbständigen Ausübung eines Berufes.

C. Das Bezirksgericht Zürich erklärt, daß der Rekurs ihm zu keinen Gegenbemerkungen Veranlaßung gebe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Weder das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit noch das Obligationenrecht enthalten irgendwelche Bestimmungen darüber, wer zur Vertretung Dritter vor Gericht befähigt sei. Die sachbezüglichen Normen gehören nicht dem Privat-, sondern dem öffentlichen Rechte an und fallen daher nicht in den Bereich der erwähnten privatrechtlichen Bundesgesetze (vergleiche Entscheidungen des Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung VIII. S. 750, Erw. 4). Vorbehältlich der bundesgesetzlichen Bestimmungen über die Vertretung der Parteien vor eidgenössischen Gerichtsinstanzen und innerhalb der durch die Bundesverfassung gezogenen Schranken (vergleiche insbesondere Art. 33 der Bundesverfassung und Art. 5 der Uebergangsbestimmungen zu derselben) steht die Aufstellung von Vorschriften über die Berechtigung zur Parteivertretung vor Gericht, beziehungsweise über die Ausübung der Advokatur den Kantonen zu, da diese Materie eben dem, bekanntlich im wesentlichen kantonaler Regelung überlassenen, Gerichtsverfassungs- und Prozeßrechte angehört. Von einer Verletzung des Handlungsfähigkeitsgesetzes oder des Obligationenrechts kann demnach von vornherein nicht die Rede sein.

2. Es kann sich daher einzig fragen, ob der angefochtene Beschluß gegen eine Bestimmung der Bundes- oder der kantonalen Verfassung verstoße. Wenn nun die Rekurrentin zunächst auf Art. 4 der Bundesverfassung abstellt und aus diesem Artikel scheint folgern zu wollen, die Bundesverfassung postulire die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete des gesammten öffentlichen und Privatrechts, so ist diese Auffassung eben so neu als kühn; sie kann aber nicht gebilligt werden. Es bedarf in der That keiner weitern Ausführung, daß man mit einer solchen Folgerung sich mit allen Regeln historischer Interpretation in Widerspruch setzen würde. Art. 4 der Bundesverfassung darf, wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, nicht in dem, zu geradezu unmöglichen Konse-

quenzen führenden, Sinne aufgefaßt werden, daß derselbe schlechthin jede Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung einzelner Personenklassen verbiete, sondern derselbe schließt nur solche rechtliche Verschiedenheiten aus, welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen. Nun erscheint aber nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsanschauung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der innern Begründung keineswegs entbehrende. Als im Widerspruche mit Art. 4 der Bundesverfassung stehend, kann daher eine kantonalgesetzliche Norm, welche die Frauen von der Parteivertretung vor Gericht ausschließt, jedenfalls nicht erachtet werden.

3. Die Rekurrentin führt nun aber im Weitern aus, das Recht der Parteivertretung vor Gericht werde ihr lediglich deßhalb abgesprochen, weil sie das „Aktivbürgerrecht" nicht besitze, während ihr dasselbe doch nach den Bestimmungen der Art. 16 und 18 der Kantonsverfassung zustehe. Wenn in dieser Richtung das Bezirksgericht Zürich den Begriff des „Aktivbürgerrechtes" im Sinne des § 174 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes dahin auffaßt, daß dieses Recht nur demjenigen zustehe, der die politischen Rechte, welche Verfassung und Gesetz dem einzelnen Bürger einräumen, insbesondere also das Stimmrecht in staatlichen Angelegenheiten, auszuüben berufen ist, so kann darin eine Verfassungsverletzung nicht erblickt werden, vielmehr handelt es sich dabei lediglich um eine der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzogene Auslegung eines kantonalen Gesetzes. Denn die Verfassung enthält ja durchaus keine Bestimmung darüber, in welchem Sinne das „Aktibürgerrecht" die Voraussetzung zur Berechtigung der Parteivertretung vor Gericht bilde. Uebrigens folgt aus einer Vergleichung der Art. 16 und 18 der Kantonsverfassung wohl mit Sicherheit, daß letztere Verfassungsbestimmung den Ausdruck „Aktivbürgerrecht" einfach als gleichbedeutend mit „Stimmrecht" braucht. Wenn sodann das Bezirksgericht Zürich ferner ausführt, daß den Frauen das

„Aktivbürgerrecht" in gedachtem Sinne nicht zustehe, so liegt auch hierin keine Verfassungsverletzung. Allerdings schließen weder die Bundes- noch die zürcherische Kantonsverfassung die Frauen vom Stimmrechte ausdrücklich aus; allein mit Rücksicht auf die gesammte geschichtliche Entwickelung ist doch ohne Weiteres anzunehmen, daß dieselben unter den Bürgern, welchen das Stimmrecht verliehen wird, nur Bürger männlichen Geschlechts, nicht auch Bürgerinnen verstehen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Vereins- und Versammlungsrecht.
Liberté d'association et de réunion.

2. *Arrêt du 5 mars 1887, dans la cause Gentil et consorts.*

Par circulaire adressée aux préfets, le 15 Juillet 1884, le Département de justice et police du Canton de Vaud a interdit à l'Armée dite du Salut les réunions ayant un caractère public, et en particulier :

a) celles qui ont lieu dans les locaux publics ou employés ordinairement à des assemblées publiques ;

b) celles qui ont lieu en plein air, là où le public a accès ;

c) celles qui sont convoquées par affiches ou par avis dans les feuilles publiques.

La même circulaire interdit en outre à l'Armée du Salut de faire des processions dans les villes, villages ou hameaux, de se réunir après dix heures du soir et d'employer dans ses réunions des trompettes ou autres instruments de musique qui ne sont pas en usage dans les assemblées religieuses et dont l'emploi pourrait exciter au trouble.

Par jugement du Tribunal de police du district de Payerne,

du 24 Novembre 1886, Mary-Anne Langford, se disant capitaine dans l'Armée du Salut et sept autres personnes, parmi lesquelles le recourant Gentil, ont été condamnées, en application de l'art. 129 du code pénal, à des amendes de 30 et de 15 fr., pour avoir contrevenu à la circulaire du 15 Juillet 1884, en participant à Grandcour, dans la soirée du 29 Août 1886, à une réunion de l'Armée du Salut ayant un caractère public, organisée par eux, en plein air et dans un local où le public avait accès, convoquée par l'affiche d'un drapeau aux couleurs de l'armée, et dans laquelle réunion il a été fait emploi de tambourins et autres instruments de musique qui ne sont pas en usage dans les assemblées religieuses et qui ont excité au trouble.

C'est à la suite de ces faits que les condamnés ont recouru au Tribunal fédéral. Ils prétendent que le jugement du Tribunal de police de Payerne est en contradiction flagrante avec les art. 8 de la constitution vaudoise, 4 et 56 de la constitution fédérale, et concluent à l'annulation du dit jugement. Ils ne contestent pas les faits relevés à leur charge, mais cherchent à les expliquer en disant que les Salutistes de Grandcour inauguraient le 29 Août un nouveau local sur lequel flottait le drapeau rose et noir de l'armée ; que cette circonstance avait attiré à leur réunion un nombre inusité de participants ; que la salle ne suffisant pas pour les contenir, les fenêtres avaient été ouvertes et que plusieurs personnes écoutaient du dehors les discours prononcés au dedans. Pendant les chants, des tambourins marquaient la mesure. Un thé à 50 centimes par tête, pour lequel il fallait se procurer des cartes à l'avance, précédait la séance ; le thé fini, l'entrée était libre.

Dans la suite de leur recours, les condamnés reconnaissent positivement que la réunion avait un but religieux et qu'il ne s'agissait que de l'exercice du culte des Salutistes. Les recourants estiment être en droit de vaquer à l'exercice de leur culte aussi bien que les membres de l'Eglise nationale, et ils signalent l'argument susvisé, ainsi que la circulaire du Département de justice et police du 15 Juillet 1884, sur

laquelle le dit jugement se fonde, comme impliquant une violation des dispositions constitutionnelles précitées. Ils ajoutent à l'appui de ces considérations que les catholiques doivent supporter les protestants et leur culte, bien qu'ils leur soient évidemment antipathiques, et vice versa.

Dans ses observations, le procureur général fait remarquer que les recourants auraient dû s'adresser d'abord à la Cour de Cassation cantonale. Au fond, il fait valoir que le jugement attaqué se base sur la circulaire du 15 Juillet 1884, promulguée conformément à l'art. 50 al. 2 de la constitution fédérale. Aux termes de l'art. 59 chiffre 6 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour statuer sur la constitutionnalité du dit jugement, attendu que cet article place dans la compétence soit du Conseil fédéral, soit de l'Assemblée fédérale, les contestations administratives ayant trait à la violation de la liberté de conscience et de croyance. Les art. 56 de la constitution fédérale et 8 de la constitution vaudoise ne sont pas applicables en l'espèce, les Salutistes n'étant pas une association dans le sens de ces dispositions. Le procureur général conclut au rejet du recours.

Dans son mémoire en date du 28 Février, l'Etat de Vaud se joint aux observations qui précèdent : l'art. 8 de la constitution vaudoise est plus restrictif que l'art. 56 de la constitution fédérale ; c'est cette dernière disposition qui doit être prise en considération. Mais cet art. 56 ne garantit que le droit d'association, et non point, — comme le fait l'art. 3 de la constitution de Zurich, — le droit de réunion. La circulaire du 15 Juillet 1884 a eu pour but d'assurer l'ordre public, et comme il s'agit d'une décision cantonale, les recourants doivent en tout cas être renvoyés d'abord aux autorités cantonales compétentes, pour ce qui a trait à la prétendue violation de l'art. 8 précité : les Salutistes ne sont d'ailleurs autre chose qu'une secte religieuse ; or l'art. 50 al. 1 et 2 de la constitution fédérale, dont l'application rentre dans la compétence exclusive du Conseil fédéral, donnait, ainsi que cette dernière autorité l'a reconnu à diverses re-

prises, aux Conseils de l'Etat des cantons de Berne, de Neuchâtel et de Vaud le droit de prendre contre l'Armée du Salut les mesures énumérées dans la circulaire dont est recours.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Les recourants prétendent que le jugement du Tribunal de police de Payerne du 24 Novembre 1884, et la circulaire du Département de justice et police du 15 Juillet 1884, sur laquelle le dit jugement se fonde, ont porté atteinte à l'égalité devant la loi garantie à l'art. 4 de la constitution fédérale, ainsi qu'au droit d'association et de réunion proclamé aux art. 56 ibidem, et 8 de la constitution vaudoise.

2° En ce qui concerne ces dernières dispositions constitutionnelles, le recours reconnaît lui-même expressément que les Salutistes sont une association ou secte religieuse, et que l'assemblée du 29 Août 1886, à la suite de laquelle les recourants ont été punis, a été tenue en vue de la célébration en commun d'un culte, et a eu le caractère d'un acte du culte.

3° Le droit au libre exercice d'un culte, que revendiquent dès lors les recourants, ne saurait être confondu avec le droit d'association et de réunion garanti aux art. 56 de la constitution fédérale et 8 de la constitution vaudoise, mais ressortit au domaine de la liberté de croyance et de conscience, comme partie intégrante et conséquence de ce droit, et en particulier à celui de la liberté des cultes, que les deux constitutions précitées distinguent expressément du droit d'association et de réunion, et garantissent par des dispositions et spéciales. (Art. 50 de la constitution fédérale 15 de la constitution vaudoise.)

Or des contestations relatives à la violation de la liberté de croyance et de conscience, et en particulier du libre exercice des cultes, sont réservées, aux termes de l'art. 59, al. 2, chiffre 6 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, à la cognition du Conseil fédéral et non point du Tribunal fédéral.

Ce n'est que si l'on voulait admettre la possibilité d'une

garantie de la liberté des cultes plus étendue que celle proclamée à l'art. 50, al. 1 de la constitution fédérale, que la compétence du Tribunal fédéral serait fondée, conformément à l'art. 59, al. 1, lettre 2, ainsi qu'à plusieurs arrêts antérieurs (voir Rec. V, p. 335, ss. ; VIII, 751) ; or, comme les recourants paraissent le reconnaître eux-mêmes, tel n'est point le cas dans l'espèce. En effet, l'art. 15 de la constitution vaudoise se borne, comme l'art. 50, al. 1 de la constitution fédérale, à garantir le libre exercice des cultes dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs, et il est incontestable que la circulaire du 16 Juillet 1884, soit les restrictions auxquelles cette circulaire soumet l'exercice du culte des Salutistes, ont précisément été promulguées en vue du maintien de l'ordre public. La question de savoir si la dite circulaire a sainement interprété et appliqué les dispositions constitutionnelles dont il s'agit doit être naturellement résolue par l'autorité chargée de la protection du droit garanti à l'art. 50 précité, c'est-à-dire par le Conseil fédéral.

4° Les recourants sont tout aussi mal venus à invoquer l'art. 4 de la constitution fédérale, garantissant l'égalité des citoyens devant la loi. Ainsi qu'il a déjà été dit, le recours est dirigé contre les restrictions imposées au culte des Salutistes par la circulaire du 15 Juillet 1884, et contre les peines prononcées au préjudice des recourants ensuite de la non-observation, par eux, de ces restrictions ; ces peines doivent être maintenues pour le cas où les dites restrictions ne portent pas atteinte au libre exercice des cultes, et devraient tomber, au contraire, du moment où ces restrictions apparaîtraient comme inconstitutionnelles.

Or cette question de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité de la circulaire se trouve exclusivement résolue, — ensuite de ce qui a été dit plus haut sur la portée de l'art. 15 de la constitution vaudoise, — par les dispositions de l'art. 50, al. 1 de la constitution fédérale ; il ne saurait donc être question d'examiner, et le cas échéant d'annuler, en application de l'art. 4 de la constitution fédérale, une

restriction imposée au culte public d'une association religieuse, ou secte, conformément à l'art. 50 susvisé, dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs et dans une mesure admise par les autorités politiques de la Confédération.

5° Il résulte de tout ce qui précède qu'il ne peut s'agir, à propos du recours actuel, que d'une violation de l'art. 50, al. 1 et 2 de la constitution fédérale, et que dès lors ce n'est point le Tribunal fédéral, mais le Conseil fédéral seul qui se trouve compétent pour statuer sur la présente contestation ; c'est ainsi, d'ailleurs, que, dans plusieurs espèces analogues, cette dernière autorité s'est reconnue compétente et a tranché la contestation au fond. (Voir Genillard, 3 Juin 1885 ; Maurer et consorts, 18 Février 1887.)

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours des sieurs Gentil et consorts.

III. Gerichtsstand. — Du for.

Arreste. — Saisies et séquestres.

3. *Arrêt du 11 Février 1887, dans la cause Lazard Dreyfus et Compagnie.*

Le 19 Mars 1886, Lazard Dreyfus et Cie à Bâle ont expédié par le chemin de fer Jura-Berne-Lucerne, à l'adresse d'Alfred Jaccoud, négociant à Lausanne, un wagon d'oignons grevé d'un remboursement de 1164 fr. représentant le solde du prix de la marchandise.

Le wagon arriva le 22 Mars à Lausanne; le 24 dit, Jaccoud a vérifié l'état de cette marchandise et avisé les vendeurs qu'elle était mal conditionnée et irrecevable.

Le 27 dit, le Juge de paix du cercle de Lausanne a, sur réquisition de Jaccoud, nommé une commission d'experts pour constater l'état de la marchandise et les causes de son avarie : le même jour, les experts, en présence du Juge de paix, constatèrent que la marchandise avait souffert du gel qui a provoqué sa germination, sa fermentation et ensuite la putréfaction ; qu'elle n'est pas recevable ni marchande et ne représente, comme valeur utilisable, que le 10 % de son coût total.

Par exploit du 3 Avril 1886, A. Jaccoud a communiqué le résultat de l'expertise à Lazard Dreyfus et Cie. A cette même date, Jaccoud a signifié à la Compagnie S.-O.-S. de conserver en ses mains la somme de 1164 fr. qui lui avait été versée.

Dès lors, aucun arrangement n'étant intervenu entre parties, Lazard Dreyfus et Cie ont attaqué en responsabilité le Jura-Berne-Lucerne, et cette Compagnie a appelé en cause la S.-O.-S.

Par exploit du 1er Novembre 1886, cette dernière a avisé Jaccoud qu'elle se dessaisira de la somme de 1164 fr. et la versera entre les mains du Jura-Berne, si Jaccoud n'en a pas fait opérer le séquestre avant le 3 Novembre à midi.

Par exploit du dit jour, 3 Novembre, Jaccoud fait assigner Lazard Dreyfus et Cie à l'audience du président du Tribunal civil de Lausanne pour être entendu et voir prononcer par voie de mesures provisionnelles que la somme de 1164 fr., montant du remboursement susvisé, est mise sous séquestre jusqu'à droit connu.

A l'audience du 8 Novembre, Lazard Dreyfus et Cie ne se présentèrent pas et se bornèrent à protester, par lettre adressée au président, et en vertu de l'art. 59 de la constitution fédérale, contre toute saisie, séquestre ou mesure quelconque faits à Lausanne, de même que contre toute citation devant les tribunaux vaudois.

Par jugement du même jour, le vice-président de ce Tribunal a prononcé que la somme de 1164 fr. versée en main de la S.-O.-S. est frappée d'un séquestre jusqu'à droit connu.

Ce jugement se fonde sur le motif que la propriété de cette somme est une question litigieuse ; que dès lors les défendeurs ne sont pas en droit d'invoquer l'art. 59 de la contitution fédérale et que l'ordonnance de mesures provisionnelles requise est une pure mesure conservatoire placée dans la compétence présidentielle par l'art. 51 du code de procédure civile vaudois.

C'est contre cette ordonnance, soit jugement relatif aux mesures provisionnelles, que Lazard Dreyfus et Cie recourent au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise prononcer :

1° Que le séquestre imposé par l'ordonnance du 8 Novembre 1886 sur la somme de 1164 fr. déposée en main de la S.-O.-S. est nul, comme contraire aux dispositions de l'art. 59 de la constitution fédérale.

2° Que les deux procès civils pendants devant les tribunaux bâlois entre Lazard Dreyfus et Cie et le Jura-Berne-Lucerne et entre A. Jaccoud et Lazard Dreyfus et Cie sont suspendus jusqu'après la décision du Tribunal fédéral sur la validité du séquestre.

3° Que Jaccoud n'a à réclamer des recourants aucuns frais judiciaires ou d'avocat provenant des procédés faits par le dit Jaccoud pour parvenir à faire prononcer le séquestre dont est recours.

Le Juge délégué n'ayant pas donné suite à la demande de suspension des procès pendants à Bâle, la partie requérante n'a pas insisté ; il en résulte que la conclusion 2° ci-dessus demeure hors du débat.

Les recourants estiment que le séquestre dont est recours a été prononcé en violation de l'art. 59 de la constitution fédérale, attendu que la maison Lazard Dreyfus et Cie est solvable, incontestablement domiciliée à Bâle, et que la réclamation dont elle se voit l'objet de la part de Jaccoud est personnelle au premier chef. La somme séquestrée est la propriété des recourants ; elle l'est devenue du fait de son paiement effectué sans réserve par Jaccoud en main de la Compagnie S.-O.-S. La question litigieuse entre parties est

uniquement celle de savoir si Jaccoud peut réclamer cette somme ou des dommages-intérêts des recourants. Une réclamation de cette nature devait être poursuivie devant le for de Lazard Dreyfus et Cie.

Dans sa réponse, Jaccoud conclut au rejet du recours. Il prétend que le paiement du remboursement par Jaccoud ne constituait pas le paiement de la marchandise et ne mettait pas le vendeur en possession du prix ; que dès lors la somme ainsi consignée est litigieuse et n'appartient exclusivement ni à l'une ni à l'autre des parties.

Jaccoud n'a dès lors point obtenu du juge vaudois la saisie ou le séquestre des biens de Lazard Dreyfus et Cie, mais seulement le séquestre, jusqu'à droit connu, d'une valeur litigieuse qui ne pouvait devenir la propriété des recourants qu'à condition qu'ils eussent rempli leurs obligations comme vendeurs. Jaccoud n'a requis que des mesures conservatoires en vertu des art. 40 §§ *a* et *c* et 41 § 5 du code de procédure civile vaudois ; l'art. 51 du même code autorise le magistrat vaudois à accorder la mise à exécution de pareilles mesures, alors même que le procès au fond n'est pas du ressort des tribunaux du canton.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La réclamation introduite par le sieur Jaccoud devant les tribunaux bâlois porte un caractère évidemment personnel, puisqu'elle tend à obtenir du vendeur une diminution du prix de vente ensuite d'avarie ou de mauvais conditionnement de la marchandise, et les mesures provisionnelles prises à propos de cette action, qu'elles apparaissent comme simplement conservatoires ou comme emportant un commencement d'exécution, ne sauraient revêtir un autre caractère. Elles ne se rapportent point, en effet, à une contestation concernant la propriété de la somme déposée en main de la Compagnie S.-O.-S., soit à la revendication en nature des espèces composant cette somme, lesquelles n'ont point été individualisées, mais elles avaient seulement pour objet de garantir au séquestrant le paiement de la somme que les tribunaux de Bâle, nantis du litige civil entre parties, pour-

raient condamner Lazard Dreyfus et Cie à lui payer à titre de dommages-intérêts ou à tout autre titre. Ce jugement à intervenir ne peut ainsi porter que sur la question de savoir à qui, de Lazard Dreyfus ou de Jaccoud, la S.-O.-S. devra rendre compte de la somme qui lui a été versée par ce dernier.

Il n'existe dès lors aucun motif pour soustraire la mesure provisionnelle dont il s'agit à la garantie de l'art. 59 de la constitution fédérale, et pour dénier, en conséquence, le droit des recourants d'être recherchés également du chef du séquestre opéré en main de la S.-O.-S. devant le juge de leur domicile à Bâle. Ce domicile, en effet, pas plus que la solvabilité de Lazard Dreyfus et Cie, n'a été contesté par la partie adverse. (Voir arrêt du Trib. féd. du 2 Déc. 1881 en la cause Maire contre Maumary. Rec. VII, p. 769 et suiv.)

2° Dans cette situation, il est sans intérêt de rechercher, à propos du présent recours de droit public, si le paiement opéré par Jaccoud en main de la Compagnie S.-O.-S. doit ou peut être considéré comme ayant été effectué sous réserve du résultat de l'examen ultérieur de la marchandise, ou si cette somme a été au contraire, par le fait de ce paiement, attribuée définitivement à Lazard Dreyfus et Cie.

Il n'y a pas lieu davantage, vu le prescrit de l'art. 62, al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, d'allouer aux parties les indemnités qu'elles réclament dans leurs mémoires respectifs.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et le séquestre imposé par l'ordonnance du vice-président du Tribunal de Lausanne sur la somme déposée en main de la S.-O.-S. est déclaré nul et de nul effet, conformément aux conclusions 1 et 3 du recours ci-haut reproduites, lesquelles sont adjugées aux recourants.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

Eingriffe in garantirte Rechte. — Atteintes portées à des droits garantis.

4. Urtheil vom 25. März 1887 in Sachen Hypothekar- und Leihkasse Lenzburg und Genossen.

A. Art. 76 der Staatsverfassung des Kantons Aargau vom 23. April 1885 bestimmt (Alinea 1 und 5):

„Bis zum Erlasse eines Gesetzes ist der große Rath ermäch-„tigt, für Staatszwecke nachbezeichnete indirekte Steuern einzu-„führen und die nöthigen Strafbestimmungen gegen Verletzungen „aufzustellen:

„. . . . . .

„Eine mäßige, vom großen Rathe nach dem Umfange des „Geschäftsbetriebes festzusetzende jährliche Patentgebühr für alle „im Kanton domizilirten Aktien- und Kommanditaktiengesell-„schaften sowie Kreditgenossenschaften."

Gestützt auf diese Verfassungsbestimmung erließ der große Rath des Kantons Aargau am 19. Oktober 1886 eine Verordnung betreffend den Bezug der in Art. 76 der Staatsverfassung vorgeschriebenen Patentgebühren, welche unter Anderm bestimmt:

„§ 1. Die im Kanton domizilirten Aktien- und Kommandit-„aktiengesellschaften sowie Kreditgenossenschaften haben an den „Staat jährlich eine Patentgebühr zu entrichten.

„§ 2. Für die jährliche Festsetzung der zu bezahlenden Ge-„bühr ist der aus dem Bericht jedes einzelnen Institutes für

„das vorausgegangene Jahr sich ergebende Geschäftsbetrieb maß-
„gebend und es ist die Gebühr zu berechnen:

„a. Von den eigenen Geldern (Aktienkapital, Reserve- und
„Amortisationsfonds) 0,3 ‰;

„b. Von den anvertrauten Geldern 0,1 ‰.

„Die Patentgebühr jeder einzelnen Anstalt darf indessen nicht
„weniger als 10 Fr. betragen."

B. Gegen diese Verordnung beschweren sich mit Rekursschrift vom Dezember 1886 die Hypothekar- und Leihkasse Lenzburg, die Spar- und Leihkasse Zofingen, die Ersparnißkasse des Bezirkes Laufenburg und die Ersparnißkasse Rheinfelden. Sie beantragen: Es sei die Verordnung des aargauischen großen Rathes vom 19. Oktober 1886 als mit der Bundes- und aargauischen Kantonalverfassung im Widerspruch stehend aufzuheben unter Kostenfolge, eventuell: Es sei § 2 dieser Verordnung aufzuheben unter Kostenfolge. Zur Begründung machen sie folgende Gesichtspunkte geltend:

1. Nach § 76 der Kantonsverfassung solle die dort vorgesehene Patentsteuer nach dem „Umfange des Geschäftsbetriebes" festgestellt werden. Der Umfang des Geschäftsbetriebes eines Finanzinstitutes ergebe sich aber nicht aus der Höhe des Vermögens desselben oder gar aus dem Betrage der von demselben entlehnten Gelder, sondern aus dem Geschäftsumsatze. Daß dies die Meinung der Verfassung sei, ergebe sich auch aus der Entstehungsgeschichte derselben. Im Entwurfe erster Lesung sei vorgesehen gewesen: „Eine Patentgebühr für den Geschäftsbetrieb
„anonymer Erwerbsgesellschaften und Kommanditaktiengesell-
„schaften zu 1 ‰ des emittirten Aktienkapitals." In zweiter Berathung sei diese Bestimmung abgeändert und die gegenwärtige Fassung der betreffenden Vorschrift angenommen worden und zwar habe zu Begründung dieser Aenderung der Kommissionalberichterstatter ausdrücklich bemerkt: Die Patentsteuer müsse, wenn nicht ungleiches Recht geschaffen werden solle, auch auf Kreditinstitute, die keine Aktiengesellschaften seien, angewendet werden; man könne daher die Steuer nicht nach Prozenten des Aktienkapitals fixiren, sondern müsse den Geschäftsbetrieb zu Grunde legen; um hiefür einen bestimmten Prozent-

satz herauszufinden, müßte man große Studien machen, die gegenwärtig noch nicht gemacht und überhaupt schwierig seien. Die Kommission sei daher der Ansicht, „daß der große Rath „Fall für Fall behandle und auf Grundlage der Berathung dann „die Patentgebühr bestimmte." § 2 der Verordnung vom 19. Oktober 1886, welcher die Erhebung der Steuer nach Prozenten der eigenen und anvertrauten Gelder vorschreibe, sei also verfassungswidrig.

2. Die Patentsteuer, wie sie die Verordnung vom 19. Oktober 1886 feststelle, sei überdem nicht, wie die Verfassung dies wolle, eine „mäßige," sie betrage z. B. für die Hypothekar- und Leihkasse Lenzburg beinahe das Doppelte der gewöhnlichen Staatssteuer.

3. Bei Festsetzung der Patentsteuer für die verschiedenen aargauischen Geldinstitute sei sehr verschiedenartig vorgegangen worden; im Allgemeinen belaste die Steuer diejenigen Institute, welche dem Hypothekarkredite dienen, ungleich stärker als die andern.

4. Die sogenannte Patentgebühr schließe eine bundeswidrige Doppelbesteuerung in sich, da sie in Verbindung mit den nach Art. 75 der aargauischen Staatsverfassung den Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften sowie den Genossenschaften mit bankähnlichem Betriebe auferlegten Steuern Vermögen oder Erwerb dieser Gesellschaften in gewissem Umfange doppelt belaste.

5. Die Patentsteuer involvire eine bundeswidrige Ungleichheit vor dem Gesetze sowie eine Verletzung des Art. 31 der Bundesverfassung, da derselben weder außerkantonale Kreditinstitute, die im Kanton Geschäfte machen, noch Privatbankiers unterstehen. Es sei gar nicht einzusehen, warum bestimmte Gesellschaftsorganisationen einer besondern Steuer unterworfen werden sollen; einer kantonalen Konzession zum Geschäftsbetriebe bedürfen diese Gesellschaften nicht mehr.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde führt der Regierungsrath des Kantons Aargau im Wesentlichen aus:

1. Die Verfassung schreibe keineswegs vor, daß die Patentsteuer nach dem aus dem Geschäftsberichte sich ergebenden Umsatze zu bemessen sei, was auch steuerpolitisch unrichtig und irrationell wäre. Vielmehr schreibe die Verfassung Erhebung der

Steuer nach Maßgabe „des Umfanges des Geschäftsbetriebes," d. h. nicht nach Maßgabe des gesammten sondern des nutzbringenden Umsatzes vor. Für dessen Feststellung müssen aber gewisse äußere Kriterien gegeben werden und diese habe der große Rath im Betrage der eigenen und fremden Kapitalien gefunden, welche in dem betreffenden Geschäfte arbeiten. Dies sei nicht verfassungswidrig.

2. Der Steueransatz sei ein mäßiger, wie sich schon daraus ergebe, daß die ganze Patentsteuer dem Kanton nur 17,951 Fr. 95 Cts. abwerfe, obschon das Kantonsgebiet mit Kreditinstituten übersäet sei.

3. Um die Anwendung der Verordnung könne es sich beim gegenwärtigen Rekurse nicht handeln; wenn die Rekurrenten sich in der Taxation beschwert glauben, so mögen sie den gesetzlichen Beschwerdeweg an die kantonalen Oberbehörden betreten.

4. Eine Doppelbesteuerung in irgend welchem Sinne liege nicht vor, am wenigsten eine interkantonale Doppelbesteuerung, welche einzig durch das Bundesrecht untersagt werde.

5. Ebensowenig sei die Gleichheit vor dem Gesetze verletzt. Es sei gar kein Axiom, daß gewerbetreibende juristische Personen gleichgehalten werden müssen, wie physische Personen, welche das gleiche Gewerbe betreiben. Zudem werden die durch die Patentsteuer betroffenen Kreditinstitute in anderer Richtung günstiger behandelt als Privatleute. Ein Privatmann bezahle von seinem ganzen Vermögen und Erwerb dem Kanton sowohl als der Gemeinde eine progressive Steuer. Dagegen bezahlen die Kreditinstitute vom Aktienkapital der Gemeinde keine Steuern, dem Staate statt einer progressiven nur eine proportionale Steuer und vom Erwerbe bezahlen sie überhaupt nur dann eine Steuer, wenn die Dividende 4 $^1/_2$ $^0/_0$ übersteige. Daß die außerkantonalen Kreditinstitute der Patentsteuer im Kanton nicht unterworfen werden, finde seine Erklärung darin, daß dieselben eben der Gesetzgebungshoheit des Kantons nicht unterstehen. Demnach werde beantragt: Es seien die Rekurrenten mit der Beschwerde und deren Schlüssen abzuweisen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurs richtet sich in seinen Schlüssen einzig gegen die Verordnung vom 19. Oktober 1886 selbst und nicht gegen

Beschlüsse oder Verfügungen, welche in Anwendung derselben speziell gegen die Rekurrenten erlassen worden wären; es ist daher einzig zu prüfen, ob die angefochtene Verordnung selbst ganz oder in einzelnen Theilen verfassungswidrig sei.

2. Soweit die Beschwerde eine Verletzung des Art. 31 der Bundesverfassung behauptet, ist das Bundesgericht nicht kompetent, da die Wahrung der Gewährleistung des Art. 31 cit. nicht dem Bundesgerichte sondern den politischen Behörden des Bundes übertragen ist (Art. 59 O.-G.).

3. Eine bundeswidrige Doppelbesteuerung liegt in der durch die angefochtene Verordnung den Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Kreditgenossenschaften neben der direkten Staatssteuer auferlegten sogenannten Patentsteuer unzweifelhaft nicht. Denn das bundesrechtliche Verbot der Doppelbesteuerung bezieht sich, nach durchaus feststehender Praxis, lediglich auf interkantonale Steuerkonflikte, dagegen entscheidet dasselbe nicht über die Zulässigkeit, gewisse Steuersubjekte oder Steuerobjekte neben der allgemeinen Staatssteuer noch mit besondern Steuern (Gewerbesteuern, Patentgebühren u. dergl.) zu belegen.

4. Ebensowenig verstößt es gegen den bundesverfassungsmäßigen Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze, wenn die aargauische Kantonsverfassung die Steuerpflicht der Aktien- und Kommanditaktienvereine und Kreditgenossenschaften in besonderer von den für physische Personen geltenden Regeln abweichender Weise normirt. Denn es kann nicht gesagt werden, daß dadurch eine Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung an eine nach allgemeinen Prinzipien der Rechts- und Staatsordnung hiefür offenbar unerhebliche Verschiedenheit des Thatbestandes geknüpft werde. Vielmehr läßt sich die Aufstellung besonderer Steuergrundsätze für die gedachten Vereine, welche zu Erreichung des Vereinszweckes größere Kapitalien anzusammeln pflegen und deren Verhältnisse von denjenigen physischer Personen mannigfach verschieden sind, auf sachliche Gründe zurückführen und erscheint nicht als bloßes Produkt gesetzgeberischer Willkür. Daß außerkantonale Finanzinstitute mit der sogenannten Patentsteuer nicht belegt werden, erklärt sich, wie die Regierung von Aargau richtig bemerkt, einfach daraus, daß dieselben der Steuerhoheit ihres Wohnortsstaates unterstehen.

5. Was die speziell gegen Art. 2 der Verordnung gerichtete Beschwerde anbelangt, so kann zunächst darin, daß die Steuer bemessen wird nach Prozenten des eigenen und des anvertrauten Kapitals, mit welchem die steuerpflichtigen Vereine arbeiten, eine Verletzung des Art. 76 der aargauischen Kantonsverfassung nicht gefunden werden. Die Verfassung schreibt lediglich vor, daß die sogenannte Patentgebühr vom großen Rathe „nach dem Umfang des Geschäftsbetriebes" festzusetzen sei. Wenn der große Rath in Ausführung dieser Verfassungsbestimmung als Kriterium zur Ermittlung des „Umfanges des Geschäftsbetriebes" die Höhe des in den betreffenden Etablissements arbeitenden eigenen und fremden (anvertrauten) Kapitals angenommen hat, so hat er dabei innerhalb der Schranken seiner Kompetenz gehandelt, und die Verfassung in keiner Weise verletzt. Der große Rath hätte allerdings auch ein anderes Kriterium zu Grunde legen können, allein die von ihm aufgestellte Norm verstößt nicht gegen die Vorschrift der Verfassung; vielmehr erscheint es lediglich als Frage der Steuerpolitik, ob das vom großen Rathe adoptirte oder irgend welches andere Kriterium (z. B. der Gesammtumsatz) das zutreffendere und richtigere sei. Die Entstehungsgeschichte der Verfassung beweist nichts zu Gunsten der Rekurrenten; vielmehr ergiebt sich aus derselben nur soviel, daß der Verfassungsrath davon absah, genauere Normen über die sogenannte Patentsteuer in der Verfassung selbst aufzustellen, und dies dem großen Rathe vorbehielt. Was endlich die Behauptung anbelangt, die Steuer sei nicht, wie die Verfassung wolle, eine „mäßige," so ist der Begriff „mäßig" bekanntlich ein relativer, verschiedener Auffassung und Anwendung fähiger. Angesichts dieses Umstandes hätte das Bundesgericht jedenfalls nur dann einzuschreiten, wenn der Steueransatz der angefochtenen Verordnung augenscheinlich alles Maß übersteigen würde. Dies ist aber gewiß nicht der Fall.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande.
Traités de la Suisse avec l'étranger.

Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse.
Rapports de droit civil.

Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869.
Traité avec la France du 15 Juin 1869.

5. Urtheil vom 25. Februar 1887 in Sachen von Gonzenbach.

A. C. von Gonzenbach-Escher ist Kommanditär der Firma „Escher, Wyß & Cie." in Zürich und alleiniger Inhaber eines Geschäftes (einer mechanischen Werkstätte) in Ravensburg (Würtemberg), für welches er die Firma „Filialwerkstätte von Escher, Wyß & Cie." oder nunmehr „Filialmaschinenfabrik von Escher, Wyß & Cie. zu Ravensburg" führt; in einem sachbezüglichen Eintrage im Handelsregister von Ravensburg vom 4. November 1879 ist als Domizil des Firmainhabers Zürich, in einem spätern Eintrage vom 31. Juli 1885 Schloß Buonas, Kantons Zug, angegeben. Am 7. Juni 1883 schloß C. von Gonzenbach-Escher, als Inhaber der Filialwerkstätte von Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg mit Napoleon Conti, wohnhaft in Paris, einen Vertrag ab, durch welchen Letzterer zum Repräsentanten des Geschäftes für Frankreich bezüglich gewisser Fabrikate bestellt wurde und von Gonzenbach-Escher ihm die Lieferung eines gewissen Stockes von Waaren unter gewissen Bedingungen versprach. Ueber die Vollziehung

dieses Vertrages entstanden zwischen den Parteien sehr bald Differenzen, welche schließlich, nach längerem Briefwechsel, dazu führten, daß Napoleon Conti gegen Gonzenbach-Escher beim Handelsgerichte des Seine-Departementes in Paris Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages, auf Lieferung der versprochenen Waaren u. s. w. erhob. Zur Verhandlung vor Handelsgericht wurde der Beklagte, gemäß Art. 422 der französischen Civilprozeßordnung, durch Zustellung der Ladung an die Gerichtsschreiberei des Handelsgerichtes und ferner an Maître Lignereux, agrée in Paris, vorgeladen. Letzterer erschien bei der Verhandlung mit einer Vollmacht des Beklagten und ließ sich auf die Sache ein. Durch Urtheil des Handelsgerichtes des Seine-Departements vom 19. November 1884 wurde erkannt: 1. Innert einem Monate, von der Mittheilung dieses Urtheils an gerechnet, hat Gonzenbach dem Conti den fraglichen Waarenstock zu liefern und zwar unter Verfällung in eine Entschädigung von 500 Fr. für jeden Tag der Verzögerung während der Frist von einem Monat, nach dessen Ablauf zu Recht geschritten würde. 2. Ueberdies hat Gonzenbach dem Conti die Summe von 10,000 Fr. als Schadenersatz zu bezahlen. Gonzenbach wird durch alle Rechtsmittel angehalten werden, obigem Richterspruche nachzukommen. 3. Mit seinen Mehrforderungen ist Conti abgewiesen. 4. Gonzenbach ist zur Bezahlung der Kosten verfällt u. s. w. Gleichzeitig wurde das Urtheil, auch für den Fall der Appellation, als provisorisch gegen Kaution oder Sicherheitsausweis vollstreckbar erklärt.

B. Dieses Urtheil wurde auf Requisition des Napoleon Conti dem C. von Gonzenbach am 22. Dezember 1884 durch Zustellung an die Gerichtsschreiberei des Handelsgerichtes der Seine mitgetheilt.

C. Erst am 6. Juni 1885 legte C. von Gonzenbach-Escher gegen dieses Urtheil Appellation ein, da er von demselben erst jetzt Kenntniß erhalten habe. In der Appellationsinstanz machte er unter Anderm geltend, daß die Mittheilung des handelsgerichtlichen Urtheils durch bloße Zustellung an die Gerichtsschreiberei des Handelsgerichtes nicht gültig habe erfolgen können, da er bei seinem agrée Lignereux Domizil gewählt gehabt habe und die

Mittheilung demnach im erwählten Domizil hätte geschehen sollen; im Fernern bestritt er die Kompetenz der französischen Gerichte, unter Berufung auf den schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrag vom 15. Juni 1869. Durch Urtheil vom 2. April 1886 erklärte aber der Appellationshof von Paris die Appellation als (wegen Verspätung) unzulässig, wobei er unter Anderm ausführte, que le plumitif de l'audience mentionnant aucune élection de domicile pour Gonzenbach, la signification a été valablement faite au Greffe du tribunal de commerce, conformément à l'art. 422 du Code de procédure.

D. Laut Bescheinigung der Gerichtsschreiberei des französischen Kassationshofes in Paris vom 24. Juni 1886 ergriff C. von Gonzenbach gegen dieses Urtheil die Kassationsbeschwerde und es ist über letztere, zur Zeit, soviel aus den Akten ersichtlich, noch nicht entschieden.

E. Durch Eingabe vom 27. Juli 1886 stellte Napoleon Conti beim Obergerichte des Kantons Zug das Begehren: das Obergericht wolle die Exekution des genannten Urtheils des Handelsgerichtes des Seine-Departementes gegen C. von Gonzenbach, mit Wohnsitz zu Buonas, Gemeinde Risch, bewilligen, unter Kostenfolge. Die Forderung des Conti wurde beziffert auf:

1. Schadenersatz gemäß Ziffer 2 des handelsgerichtlichen Erkenntnisses 10,000 Fr., mit Zins à 6 % seit 19. November 1884;

2. Entschädigung von 500 Fr. per Tag der Verzögerung der Waarenlieferung, 30 Tage, gemäß Ziffer 1 des handelsgerichtlichen Urtheils mit Zins à 6 % seit 21. Januar 1885 15,000 Fr.;

3. Kosten laut Spezifikation 759 Fr. 88 Cts., sowie auf die weiter erwachsenden Kosten des Vollstreckungsverfahrens. Zur Begründung dieses Begehrens berief sich Napoleon Conti auf § 158, Alinea 2 der zugerschen Civilprozeßordnung und den schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrag vom 15. Juni 1869; er produzirte 1. eine legalisirte Ausfertigung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses mit nachgetragener Zustellungsbescheinigung; 2. eine ebenfalls legalisirte Bescheinigung des

Gerichtsschreibers des Handelsgerichtes des Seine-Departementes datirt den 7. April 1885, daß in dem von der Gerichtsschreiberei gemäß Art. 163 des Code de procédure civile geführten Register kein Eintrag sich vorfinde, wonach gegen das handelsgerichtliche Urtheil Opposition oder Appellation eingelegt worden wäre. Er führte aus, durch diese Aktenstücke sei den Requisiten des Art. 16, Ziffer 1—3 des Staatsvertrages vom 15. Juni 1869 Genüge geleistet. Ein Grund, aus welchem gemäß Art. 17 des genannten Vertrages die Vollstreckung verweigert werden könnte, liege nicht vor. Das französische Gericht sei zuständig gewesen, zunächst gemäß Art. 1, Alinea 2 des Staatsvertrages; denn von Gonzenbach habe zur Zeit des Prozesses vor dem Handelsgerichte keinen dem Kläger oder dem Gerichte bekannten Wohnort in der Schweiz besessen, er sei als Eigenthümer des Zweiggeschäftes der Firma Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg belangt worden und habe vor dem Handelsgerichte mit keinem Worte darauf hingewiesen, daß er Schweizerbürger und in der Schweiz domizilirt sei. Wie sich übrigens aus einem Zeugnisse der Gemeindekanzlei von Risch vom 20. Juli 1886 ergebe, habe von Gonzenbach erst seit 17. Mai 1886 seinen Wohnsitz auf Schloß Buonas in Risch genommen. Ob er sonst noch irgendwo in der Schweiz einen Wohnsitz oder Aufenthaltsort gehabt habe oder habe, sei dem Kläger unbekannt. Zudem habe von Gonzenbach die Zuständigkeit des französischen Gerichtes dadurch anerkannt, daß er sich vor demselben, ohne die Kompetenzeinrede zu erheben, auf die Hauptsache eingelassen habe; er könne dieselbe daher nicht nachträglich in Frage stellen. Die in der, zudem verspäteten, Appellationsbeschwerde erhobene nachträgliche Kompetenzbestreitung sei ohne rechtliche Bedeutung. Die Parteien seien gehörig citirt worden, wie sich dies aus dem Urtheile selbst zur Evidenz ergebe und von einem Verstoße des Urtheils wider Normen des öffentlichen Rechts könne offenbar keine Rede sein.

F. C. von Gonzenbach-Escher bestritt dieses Vollstreckungsgesuch und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

1. Dasselbe sei verfrüht, da zur Zeit noch vor dem französischen Kassationshofe in Paris eine Kassationsbeschwerde schwebe.

Der in Art. 16, Ziffer 3 geforderte Beweis, daß „keinerlei Opposition, Appellation oder ein anderes Rechtsmitel vorliege," sei demnach nicht erbracht. Die von der Gegenpartei produzirte Bescheinigung der Handelsgerichtsschreiberei des Seine-Departementes vom 7. April 1885 beweise nicht das Mindeste; dieselbe sei von den Ereignissen längst überholt, unzuläßig und unwahr.

2. Die französischen Gerichte seien inkompetent gewesen, über die vorliegende Streitigkeit zu entscheiden, nach Art. 1 und 11 des französisch-schweizerischen Staatsvertrages. In erster Linie sei zu bemerken, daß die Gegenpartei mit der mechanischen Werkstätte Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg kontrahirt und gegen diese geklagt habe. Die Klage habe daher in Ravensburg angehoben werden müssen. Wenn dem nicht so wäre, so hätte der Kläger jedenfalls nicht in Paris, sondern beim natürlichen Richter des Beklagten in Buonas klagen müssen, denn er, (Beklagter) sei Schweizerbürger und habe seit 1873 sein Domizil in Buonas. Dies ergebe sich aus einer Bescheinigung der Einwohnerrathskanzlei von Risch, datirt den 24. April 1885, wonach „Herr von Gonzenbach-Escher, Besitzer des Schloßgutes Buonas, 1873 in hiesiger Gemeinde eingezogen und seit jenem Zeitpunkte bis zur Stunde ununterbrochen als Domizilirter der Gemeinde Risch behandelt und besteuert wurde, letzteres insoweit es seine Besitzungen in hier betrifft." Dies werde auch dadurch bestätigt, daß ihm am 7. Juli 1884 in Buonas ein Pfandbot angelegt worden und daß er in einem Steuerzeddel des Stadtrathes von Zürich vom 1. Dezember 1883 als in Buonas domizilirt bezeichnet werde. Die von der Gegenpartei produzirte Bescheinigung der Gemeindekanzlei Risch vom 20. Juli 1886 sei irrelevant und unrichtig; sie könne sich nur darauf beziehen, daß er jedes Jahr seine Ankunft in Buonas und Abreise von dort den zugerschen Behörden anzeige, damit dieselben wissen, wann er persönlich auf Schloß Buonas wohne und wann ihm selbst dort Insinuationen u. drgl. gemacht werden können. Sein Domizil in Buonas sowie seine Eigenschaft als Schweizerbürger seien dem Gegner vollständig bekannt gewesen sowohl zur Zeit des Vertragsabschlusses als zur Zeit der Klage-

anhebung. Dies ergebe sich insbesondere aus der Korrespondenz zwischen den Parteien. Die Ausnahmebestimmung des Art. 1, zweiter Absatz des Staatsvertrages treffe mithin nicht zu. Vielmehr habe der Kläger dem französischen Gerichte das Domizil des Beklagten in Buonas dolo malo verheimlicht. Das französische Gericht hätte sich übrigens nach Art. 11 des Staatsvertrages von Amteswegen inkompetent erklären sollen. Auf die Einrede der Inkompetenz sei nicht rechtsgültig verzichtet worden und es könne darauf nicht verzichtet werden. Dieselbe sei juris publici.

3. Die Insinuation des handelsgerichtlichen Urtheils sei eine vollständig vertragswidrige gewesen. Dieselbe sei einfach durch Zustellung an die Handelsgerichtsschreiberei in Paris erfolgt, ihm (dem Beklagten) sei das Urtheil nicht zugestellt worden; erst als die Gegenpartei die Urtheilsvollstreckung betrieben habe, sei es seinem Advokaten gelungen, das Urtheil in Paris zu erheben. Eine derartige Art der Urtheilsmittheilung sei im Verhältnisse zwischen der Schweiz und Frankreich völlig unzulässig, sie verstoße auf's Gröblichste gegen Art. 20 des Staatsvertrages, welcher den Art. 422 des Code de procédure civile für den schweizerisch französischen Rechtsverkehr modifizire. Durch diese Art der Zustellung sei dem Beklagten das rechtliche Gehör, speziell das Recht des Instanzenzuges veweigert worden und es liege daher ein Fall des Art. 15 (recte 17) Nr. 3 des Staatsvertrages vor. Der Kläger habe in Paris gegen den Beklagten in seiner Eigenschaft als würtembergischer Niedergelassener, resp. gegen die Firma Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg geklagt. Hätte der Beklagte sich dieser Klage gegenüber auf den schweizerisch-französischen Staatsvertrag berufen, so hätte man ihm mit Recht erwidert, daß die Firma Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg nach Art. 14 des französischen Code civil in Paris belangt werden könne, da mit Deutschland ein Gerichtsstandsvertrag nicht bestehe. Klar sei nun aber, daß das unter solchen Umständen erstrittene Urtheil gegen den Bekagten als in der Schweiz domizilirten Schweizer nicht vollstreckt werden könne, sondern daß dem Kläger überlassen bleiben müsse, zu versuchen, ob dasselbe in Würtemberg vollstreckt werde. Andernfalls läge eine Umgehung des schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrages vor.

4. Für die dem Kläger zugesprochene Entschädigungsforderung von 10,000 Fr. liege auch nicht der Schatten eines Beweises vor. Es verstoße aber gegen Art 17, 3 des Staatsvertrages, wenn ein Gericht ohne eingehende Begründung einfach eine solche Summe als Schadenersatz fixire. Eventuell könnte von einer Gutheißung der Forderung von 15,000 Fr. gar keine Rede sein. Diese Forderung gehöre nicht zum Streitobjekte, vielmehr liege in der Fixirung einer Entschädigung von 500 Fr. für jeden Tag der Verspätung der Waarenlieferung eine Exekutionsmaßregel, zu welcher die französischen Gerichte, auch wenn sie für den Prozeß kompetent gewesen wären, keinenfalls befugt gewesen seien. Zudem stehe eine Forderung von 500 Fr. per Tag mit der öffentlichen Ordnung unseres Landes im grellsten Widerspruche; sie gleiche einem Raube. Unter keinen Umständen könnte diese Forderung vom 21. Januar 1885 an berechnet werden, sondern sie wäre erst vom Tage der definitiven Entscheidung des Kassationshofes an zu berechnen; diese stehe aber noch aus. Auch Zinspflicht und Zinsfuß von dieser Summe werden bestritten, ebenso die Kostenforderung.

G. In seiner Replik hielt N. Conti im Wesentlichen an seinen frühern Ausführungen fest, indem er namentlich noch bemerkte: die Einwendung, daß das Vollstreckungsbegehren verfrüht sei, erscheine als gänzlich unbegründet. Durch das von ihm produzirte Zeugniß der Handelsgerichtsschreiberei vom 7. April 1885 sei dargethan, daß der Beklagte gegen das Urtheil des Handelsgerichtes binnen nützlicher Frist Appellation oder Opposition nicht eingelegt habe. Durch verspätete Einlegung von Rechtsmitteln oder Beschwerden irgend welcher Art könne selbstverständlich die Exekution nicht gehemmt werden. Andernfalls wäre der Trölerei Thür und Thor geöffnet. Uebrigens wäre das Urtheil zu exequiren, selbst wenn Appellation und Kassation rechtzeitig ergiffen worden wären, nur hätte Conti alsdann Kaution zu leisten oder sich über genügende Sicherheit auszuweisen. Denn das handelsgerichtliche Urtheil sei ja als vorläufig vollstreckbar erklärt. Er stelle daher das eventuelle Rechtsbegehren: es sei die Exekution provisorisch zu bewilligen, gegen Hinterlegung des Betrages bei der Kreditanstalt in Zug

bis nach der Urtheilsfällung des französischen Kassationshofes. Daß Conti den Beklagten in Ravensburg habe belangen müssen, sei offenbar nicht richtig, er hätte allerdings dort klagen können, allein er sei dazu nicht genöthigt gewesen. Die mechanische Werkstätte Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg sei keine selbständige juristische Person; Gonzenbach-Escher sei vielmehr einziger Eigenthümer derselben. Dieser habe Gegenpartei und Gericht im Glauben gelassen, er sei ein Deutscher, von einem Domizile in der Schweiz habe er gar nichts gesagt und Conti habe davon nichts gewußt. Es liege also wirklich der Fall vor, daß der Beklagte kein bekanntes Domizil in der Schweiz besessen habe; übrigens sei auch ein Beweis dafür, daß er zur Zeit der Prozeßeinleitung Domizil in Buonas gehabt habe, nicht erbracht. Das Handelsgericht sei also nach Art. 1 des schweizerisch-französischen Staatsvertrages wie nach Art. 14 Code civil kompetent gewesen. Da von Gonzenbach habe glauben lassen, er sei ein Deutscher, so könne auch von einer Verletzung des Art. 20 des Staatsvertrages nicht die Rede sein. Uebrigens bestimme Art. 17 des Staatsvertrages limitativ, aus welchen Gründen die Vollstreckung eines französischen Urtheils in der Schweiz verweigert werden könne. Einer der dort aufgezählten Gründe liege aber nicht vor. Gonzenbach sei an dem von ihm angegebenen Domizil in Paris richtig vorgeladen worden und es könne auch offenbar nicht gesagt werden, daß das Urtheil Normen des öffentlichen Rechtes verletze. Auf eine materielle Würdigung der Streitsache dürfe das Vollstreckungsgericht nicht eintreten.

H. In seiner Duplik führte der Vollstreckungsbeklagte aus, der schweizerisch-französische Staatsvertrag kenne eine Vollstreckung noch nicht rechtskräftiger, blos vorläufig für vollstreckbar erklärter Erkenntnisse nicht; das neue eventuelle Rechtsbegehren des Vollstreckungsklägers sei daher unbegründet. Im Uebrigen hält er an seinen frühern Ausführungen fest.

I. Das Obergericht des Kantons Zug erkannte am 14. Dezember 1886 und zwar im Wesentlichen aus den vom Vollstreckungskläger angeführten Gründen:

1. Es sei die Exekution genannten Urtheils des Handels-

gerichtes des Seine-Departementes gegen Herrn von Gonzenbach, mit Wohnsitz zu Buonas, Gemeinde Risch, im Sinne der Erwägung 2 dieses Urtheils (d. h. für 25,759 Fr. 88 Cts. nebst den geforderten Zinsen), bewilligt.

2. Habe Beklagter seine Kosten an sich zu tragen und dem Kläger an dessen Prozeßkosten 250 Fr. zu vergüten.

K. Gegen dieses Urtheil ergriff C. von Gonzenbach-Escher den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht; in seiner Rekursschrift macht sein Anwalt die gleichen Gründe wie vor dem kantonalen Gerichte geltend und beantragt:

1. Es sei die gegnerische Judikatsklage gänzlich zu verwerfen;

2. Die Kostenbestimmungen der Vorinstanz seien aufgehoben;

3. Gegner verpflichtet, meine Partei zu entschädigen.

Der Rekursbeklagte N. Conti beantragt:

1. Die Beschwerde des C. von Gonzenbach gegen das Urtheil des zugerschen Obergerichtes vom 14. Dezember 1886 sei als unbegründet abzuweisen;

2. Der Beschwerdeführer habe den Beschwerdegegner angemessen zu entschädigen.

Er macht im Wesentlichen ebenfalls die gleichen Gründe wie vor dem zuger'schen Obergerichte geltend und fügt noch bei: der Staatsvertrag vom 15. Juni 1869 habe nicht den Zweck, die Vollstreckbarkeit der in einem Staate gefällten Urtheile im andern Staate zu erschweren, sondern dieselbe zu sichern und zu erleichtern. Daraus, wie aus dem Wortlaute des Art. 17 des Vertrages folge, daß wenn die Voraussetzungen der Art. 16 und 17 des Vertrages nicht erfüllt seien, das Vollstreckungsgericht die Vollstreckung eines Urtheils aus dem andern Vertragsstaate zwar verweigern dürfe, nicht aber verweigern müsse. Werde in einem solchen Falle die Vollstreckung dennoch bewilligt, so liege keinenfalls eine Verletzung des Staatsvertrages vor, von einer solchen könne nur dann die Rede sein, wenn die Vollstreckung eines Urtheils verweigert werde, obschon die Voraussetzungen des Staatsvertrages gegeben seien. Eine gegentheilige Auslegung enthielte einen unzuläßigen Eingriff in die kantonale Gerichtsbarkeit.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist unzweifelhaft, daß der schweizerisch-französische Gerichtsstandsvertrag vom 15. Juni 1869 auch für die einzelnen Bürger Rechte begründet, in der Art, daß die Kantone nicht berechtigt sind, Urtheile, welche von einem nach Maßgabe des Staatsvertrages inkompetenten Gerichte oder auf Grund eines dem Staatsvertrage widersprechenden Verfahrens erlassen wurden, oder welche überhaupt nach den Bestimmungen des Vertrages zur Vollstreckung nicht geeignet sind, wider den Einspruch des Vollstreckungsbeklagten zu vollziehen. Dies folgt zur Evidenz aus Sinn und Zweck des Vertrages, insbesondere der in demselben enthaltenen Gerichtsstandsordnung, welche ja wesentlich auch den Schutz des einzelnen Bürgers gegen Verfolgung in andern als den durch den Staatsvertrag anerkannten Gerichtsständen bezweckt und ist denn auch von der bundesrechtlichen Praxis bisher stets anerkannt worden.

2. Nun ist unbestritten, daß der Rekurrent Schweizerbürger ist und es ist auch, nach dem gesammten Sachverhalte, anzunehmen, daß er zur Zeit der Klageanhebung in der Schweiz (in Buonas) domizilirt war und daß sein dortiges Domizil dem Kläger und Rekursbeklagten bekannt sein konnte und mußte, sofern er sich danach überhaupt erkundigte. Für ersteres spricht namentlich die vom Rekurrenten produzirte Bescheinigung der Gemeinderathskanzlei Risch vom 24. April 1885, welche durch die spätere Bescheinigung vom 20. Juli 1886 nicht widerlegt wird, da diese letztere sehr wohl in der vom Rekurrenten dargelegten Weise erklärt werden kann. Daß sodann der Rekursbeklagte das schweizerische Domizil des Rekurrenten kannte, oder doch, wenn er nur wollte, kennen konnte und mußte, folgt sowohl daraus, daß er einzelne Briefe an den Rekurrenten nach Buonas adressirte, als auch daraus, daß er aus dem Inhalte der Handelsregistereinträge in Ravensburg ersehen mußte, der Chef der Firma, mit welcher er kontrahirte, sei in der Schweiz domizilirt. Danach war denn allerdings, da es sich zweifellos um eine persönliche Klage handelt, das französische Gericht gemäß Art. 1 des schweizerisch französischen Gerichtsstandsvertrages von vornherein nicht kompetent. Allein

dasselbe ist durch Prorogation kompetent geworden. Denn der Gerichtsstand des Art. 1 des französisch-schweizerischen Staatsvertrages ist — wie schon aus dem die Prorogation durch élection de domicile zulassenden Art. 3 des Vertrages sich ergibt — kein ausschließlicher, im öffentlichen Interesse vorgeschriebener; es kann vielmehr auf die dort enthaltene Gewährleistung des Gerichtsstandes des Wohnortes ebensowohl verzichtet werden, als auf die Gewährleistung des Art. 59, Absatz 1 der Bundesverfassung. Aus Art. 11 des Staatsvertrages darf das Gegentheil nicht gefolgert werden; allerdings soll nach demselben ein nach dem Vertrage unzuständiges Gericht seine Unzuständigkeit von Amtswegen und zwar selbst in Abwesenheit des Beklagten erklären. Allein dadurch soll, wie auch in der Botschaft des Bundesrathes (Bundesblatt 1869, II, S. 489) anerkannt wird, die Begründung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichtes durch ausdrückliche Vereinbarung oder stillschweigende Unterwerfung nicht ausgeschlossen, sondern soll nur angeordnet werden, daß da, wo eine solche kompetenzbegründende (ausdrückliche oder stillschweigende) Willenserklärung nicht vorliegt, das staatsvertraglich inkompetente Gericht seine Unzuständigkeit von Amtswegen auszusprechen habe, ohne daß der Beklagte vor ihm zu erscheinen und die Kompetenzeinrede aufzuwerfen brauchte (vergleiche Curti, der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich u. s. w. § 31). Im vorliegenden Falle nun liegt eine stillschweigende Prorogation unzweifelhaft vor; der Rekurrent hat sich vor dem Handelsgerichte der Seine vertreten lassen und ohne irgend welche Einwendung gegen die Kompetenz des Gerichtes zur Hauptsache verhandelt. In diesem Verhalten muß eine stillschweigende Anerkennung des französischen Gerichtsstandes erblickt werden, da dasselbe eine andere nach den Prinzipien der bona fides annehmbare Deutung nicht zuläßt. Wenn der Rekurrent ausführt, er habe gegenüber der Klage, da sie nicht gegen ihn als schweizerischen Bürger und Einwohner, sondern gegen die Firma Filialmaschinenfabrik Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg erhoben worden sei, die Kompetenzeinrede gar nicht aufwerfen können, so ist dies durchaus unbegründet. Die Klage war nicht etwa gegen eine Gesellschaft Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg, die ja gar nicht besteht, sondern gegen den

Rekurrenten Gonzenbach persönlich, allerdings mit der Bezeichnung desselben als Eigenthümer der Filialmaschinenfabrik von Escher, Wyß & Cie. in Ravensburg, gerichtet. Er konnte sich also zweifellos darauf berufen, daß er, wenn er auch eine Handelsniederlassung in Ravensburg besitze, doch sein persönliches Domizil in der Schweiz habe.

3. Ist somit die Kompetenz des französischen Gerichtes anzuerkennen, so kann auch nicht gesagt werden, daß die Art und Weise der Zustellung des Urtheils gegen den schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrag verstoße. Nachdem der Rekurrent sich vor dem französischen Gerichte eingelassen hatte, war er den Bestimmungen des französischen Prozeßrechtes unterworfen und konnte daher die Urtheilszustellung an ihn in den Formen des französischen Prozeßrechtes geschehen, so daß hier von einer Verletzung des Art. 20 oder des Art. 16, Ziffer 2 des Staatsvertrages nicht die Rede sein kann. Es ist nämlich unzweifelhaft, daß die Zustellung des Urtheils in der Gerichtsschreiberei nach Art. 422 des französischen Code de procédure civile in Handelsprozeßsachen statthaft ist, sofern die Partei, an welche dieselbe geschehen soll, nicht im Gerichtsbezirke wohnt oder nicht nach den Vorschriften des citirten Artikels, d. h. zu Gerichtsprotokoll, dort Domizil erwählt hat.

4. Daß sodann die Vollstreckung des Urtheils nicht deßhalb verweigert werden darf, weil dasselbe gegen Normen des inländischen öffentlichen Rechtes verstoße, liegt auf der Hand. In der That laufen die hierauf bezüglichen Ausführungen des Rekurrenten einfach darauf hinaus, dem Vollstreckungsgerichte eine sachliche Ueberprüfung der Begründetheit des französischen Urtheils zuzumuthen, was mit dem Staatsvertrage völlig unverträglich ist.

5. Dagegen erscheint das Vollstreckungsbegehren allerdings als verfrüht. Denn: Nach Art. 15 des Staatsvertrages sind nur rechtskräftige Urtheile zu vollstrecken und es wird daher in Art. 16 Ziffer 3 vom Vollstreckungskläger eine Bescheinigung dafür gefordert, daß „keinerlei Opposition, Appellation oder ein anderes Rechtsmittel" vorliege. Aus diesen Bestimmungen folgt zunächst, daß eine Vollstreckung noch nicht rechtskräftiger, sondern blos vorläufig vollstreckbar erklärter, Erkenntnisse nicht statt-

zufinden hat. Sodann aber muß daraus gefolgert werden, daß überhaupt in Fällen der vorliegenden Art die Vollstreckung noch nicht statthaft ist. Unzweifelhaft nämlich ist in casu noch ein Rechtsmittel gegen das handelsgerichtliche Urtheil, resp. gegen das spätere, die Appellation gegen dieses Urtheil als verspätet verwerfende, Erkenntniß des Appellationshofes von Paris anhängig, da die Kassationsbeschwerde beim Kassationshofe in Paris noch schwebt. Nun mag dahingestellt bleiben, ob die Einlegung der Kassationsbeschwerde an den französischen Kassationshof (welche bekanntlich gar keinen Suspensiveffekt besitzt, und überhaupt ein sehr eigenartig gestaltetes außerordentliches Rechtsmittel ist) in allen Fällen die Vollstreckbarkeit des mit derselben angefochtenen Urtheils in der Schweiz nach den Bestimmungen des Gerichtsstandsvertrages hemmt, oder ob dies nicht mindestens dann nicht der Fall ist, wenn die Kassationsbeschwerde als offenbar verspätet oder sonst als unzweifelhaft erfolglos oder trölerisch sich darstellt. Für den vorliegenden Fall nämlich kommt in Betracht: Es ist in der französischen Jurisprudenz nicht unbestritten, ob die Urtheilszustellung in der Gerichtsschreiberei nach Art. 422 Code de procédure civile, wie sie hier stattgefunden hat, die Appellationsfrist in Lauf setze (siehe Boitard, Leçon de procédure civile I, Nr. 650). Vor der Entscheidung des Kassationshofes steht also nicht definitiv fest, ob nicht die von dem Rekurrenten gegen das handelsgerichtliche Urtheil zweifellos eingelegte Appellation doch rechtswirksam erklärt und damit die Rechtskraft des handelsgerichtlichen Entscheides suspendirt worden sei. Bei dieser Sachlage ist nach Art. 15 und 16, Ziffer 3 des Gerichtsstandsvertrages die Exekution des handelsgerichtlichen Urtheils bis zum Entscheide des Kassationshofes nicht zu gestatten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als begründet erklärt und es wird mithin das Erkenntniß des Obergerichtes des Kantons Zug vom 14. Dezember 1886 aufgehoben.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Organisation der Bundesrechtspflege.
Organisation judiciaire fédérale.

6. Urtheil vom 19. Februar 1887 in Sachen Lehmann gegen Bigler.

A. Durch Urtheil vom 29. Oktober 1886 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Der Frau Rosine Lehmann geb. Pfäffli wird ihr gestelltes Klagebegehren zugesprochen und es wird die Entschädigung, welche ihr Johann Bigler zu bezahlen hat, auf die Summe von 500 Fr. festgesetzt.

2. Johann Bigler ist gegenüber der Rosine Lehmann geb. Pfäffli zur Bezahlung ihrer auf den Betrag von 400 Fr. bestimmten Kosten dieses Prozesses verurtheilt.

B. Gegen dieses Urtheil reichte die Klägerin am 17. November 1886 dem Appellations- und Kassationshofe des Kantons Bern eine Weiterziehungserklärung ein, indeß mit dem Beifügen, daß dieselbe blos für den Fall eingereicht und aufrecht erhalten werde, daß auch seitens der Gegenpartei der Rekurs an das Bundesgericht erklärt werde. Am 18. November 1886 übersandte der Anwalt des Beklagten per Post an den Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern die Weiterzugserklärung für seine Partei; dieselbe langte am 19. gleichen Monats bei genanntem Gerichtshofe ein. Mit Eingabe vom 23. November 1886 stellte der Anwalt des Beklagten, da möglicherweise seine Rekurserklärung erst am 19. November in

die Hände des Appellations- und Kassationshofes gelangt sei, und daher angenommen werden könnte, es sei die Frist des Art. 30. O.-G. nicht innegehalten, beim Bundesgerichte eventuell das Gesuch, er sei wegen der Folgen seiner allfälligen Säumniß in den vorigen Stand wieder einzusetzen. Zur Begründung produzirte er eine Erklärung der Gegenpartei, daß sie mit der Wiedereinsetzung einverstanden sei; mit Rücksicht auf diese Erklärung werde unter Hinweis auf Art. 69 der eidgenössischen Civilprozeßordnung von einer weitern Begründung des Restitutionsgesuches Umgang genommen.

C. Auf die mündliche Verhandlung vor Bundesgericht haben beide Parteien verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Weiterzugserklärung der Klägerin ist eine blos eventuell, für den Fall, daß auch die Gegenpartei sich beschwere, abgegebene; sie fällt also dahin, sofern von der Gegenpartei das Rechtsmittel der Art. 29 und 30 O.-G. nicht, beziehungsweise nicht rechtsgültig, ergriffen worden ist.

2. Die Frage, ob das Rechtsmittel vom Beklagten gültig eingelegt worden sei, ist, wie das Bundesgericht schon öfters entschieden hat, von Amteswegen zu prüfen. Nun ist die Weiterzugserklärung des Beklagten erst am 19. November (also am 21. Tage nach Eröffnung des Urtheils) der kantonalen Gerichtsstelle, bei welcher dieselbe abzugeben war, zugekommen. Dieselbe war somit gemäß Art. 30 O.-G. verspätet. Die Abgabe des die Rekurserklärung enthaltenden Briefes an die Post nämlich (welche allerdings schon am 18. November geschah) kann hier nicht als maßgebend erachtet werden. Denn Art. 30 Absatz 1 leg. cit. verlangt ganz ausdrücklich, daß die Prozeßpartei, welche von dem Rechtsmittel des Art. 29 ibidem Gebrauch machen wolle, dies binnen der peremtorischen zwanzigtägigen Frist „bei der kantonalen Gerichtsstelle, die das Urtheil erlassen hat," erklären müsse. Eine Erklärung „bei" einer Gerichtsstelle ist aber offenbar erst dann erfolgt und vollendet, wenn sie der Gerichtsstelle eingereicht, beziehungsweise an dieselbe gelangt ist.

3. Es kann sich daher nur noch fragen, ob nicht dem Wieder-

einsetzungsgesuche des Beklagten zu entsprechen sei. Dies ist zu verneinen. Die Bestimmungen der eidgenössischen Civilprozeßordnung (Art. 69 u. ff.) über die Wiedereinsetzung gegen Versäumung von Tagfahrten und Fristen beziehen sich direkt auf die Versäumniß der Rechtsmittelfrist des Art. 30 O.-G. unzweifelhaft nicht; denn sie sind ja nur für Fristversäumnisse in Prozessen gegeben, welche beim Bundesgerichte als einzige Instanz anhängig sind. Nun mag eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf die Rechtsmittelfrist des Art. 30 O.-G. beim Stillschweigen des letztern Gesetzes insoweit statthaft sein, als es sich um eine Wiedereinsetzung wegen nachgewiesener unverschuldeter Behinderung des Impetranten oder seines Sachwalters handelt. (Art. 70 eidgen. C.-P.-O., vergl. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen, Bd. V, S. 562.) Dagegen scheint es als durch die Natur der Rechtsmittelfrist des Art. 30 ausgeschlossen, daß Wiedereinsetzung gegen deren Verabsäumung aus dem Grunde verlangt werden könne, weil die Gegenpartei darein eingewilligt habe (Art. 69 eidgen. C.-P.-O.). Denn die Frist des Art. 30 cit. qualifizirt sich als eine im öffentlichen Interesse aufgestellte und daher der Abänderung durch Parteidisposition entzogene Nothfrist, über deren Innehaltung von Amteswegen zu wachen ist. Es erscheint daher als ausgeschlossen, daß die nachtheiligen Folgen einer Versäumung dieser Frist durch die bloße Willenserklärung der Gegenpartei abgewendet beziehungsweise wieder aufgehoben werden können.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung des Beklagten wird als verspätet nicht eingetreten und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 29. Oktober 1886 sein Bewenden.

7. Urtheil vom 19. Februar 1887 in Sachen Unfallsversicherungsgesellschaft „Zürich" gegen Spar- und Leihkasse Muri.

A. Durch Urtheil vom 5. Oktober 1885 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt:

1. Der Forderung der Rekurrentin bis auf 4300 Fr. sammt dazu gehörendem Zins ist Anweisung auf die Lebensversicherungspolice „Konkordia" von 20,000 Fr. im ersten Rang, der Rekursbeklagten für ihre Forderung von 1418 Fr. 14 Cts. sammt Zins dagegen Anweisung im zweiten Range, und der Rekurrentin für ihre übrigen 1700 Fr. und Zins sodann Anweisung im dritten Rang zu ertheilen.

2. Die Rekursbeklagte wird verurtheilt, der Spar- und Leihkasse Muri die Hälfte der untergerichtlichen Kosten mit 48 Fr. 25 Cts. und sämmtliche Kosten der Rekursinstanz mit 72 Fr. 5 Cts. zu ersetzen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Einspruchsbeklagte, die Transport- und Unfallsversicherungsaktiengesellschaft „Zürich," die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem sie in ihrer Rekurserklärung ankündigte, sie werde beim Bundesgerichte den Antrag stellen, nach Aufhebung des obergerichtlichen Urtheils das zu Recht ergangene Urtheil des Bezirksgerichtes von Aarau vom 5. Juni 1886 wieder herzustellen unter Kosten- und Entschädigungsfolge bezüglich des ganzen Prozesses.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es muß in erster Linie und von Amteswegen geprüft werden, ob das Bundesgericht zu Prüfung der Beschwerde kompetent ist.

2. Im Geltstage des Versicherungsagenten Josef Strebel in Aarau beanspruchten sowohl die Transport- und Unfallsversicherungsaktiengesellschaft „Zürich" als die Spar- und Leihkasse Muri Pfandrecht im ersten Range an einer Lebensversicherungspolice der Gesellschaft „Konkordia" in Köln zu Gunsten des Josef Strebel, Nr. 5427 a-d zu 20,000 Fr., die Gesellschaft Zürich für eine Forderung von 1418 Fr. 84 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 16. März 1885, die Spar- und Leihkasse Muri für einen Forderungsbetrag von 4300 Fr. sammt Zins

von einer Gesammtforderung von 6000 Fr. Die erste Instanz (Bezirksgericht Aarau) entschied dahin: Die Gesellschaft Zürich erhalte für ihre Forderung Anweisung im ersten Range auf das erwähnte Faustpfand, die Spar- und Leihkasse Muri dagegen solche im zweiten Range. Gegen diese Entscheidung appellirte die Spar- und Leihkasse Muri an das Obergericht des Kantons Aargau, indem sie beantragte, es sei ihrer Forderung bis auf 4300 Fr. sammt dazu gehörigem Zins Anweisung auf fragliches Faustpfand im ersten Range, der Gesellschaft „Zürich" für ihre Forderung von 1418 Fr. 14 Cts. sammt Zins dagegen nur Anweisung im zweiten Range und der Appellantin für ihre übrigen 1700 Fr. sammt Zins sodann Anweisung im dritten Range zu gewähren. Die Transport- und Unfallsversicherungsaktiengesellschaft „Zürich" trug auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde an. Das Obergericht hat in dem Fakt. A erwähnten Urtheile gemäß dem Antrage der Spar- und Leihkasse Muri entschieden.

3. Nach den in Erw. 2 erwähnten Parteianträgen handelt es sich um einen bloßen Prioritätsstreit zwischen zwei Pfandgläubigern. Gegenstand des Rechtsstreites ist blos, welche der beiden konkurirenden Forderungen bis zum Betrage der geringern derselben aus dem Erlöse des Pfandobjektes in erster Linie zu befriedigen sei, oder, konkret ausgedrückt, ob bis zum Betrage von 1418 Fr. 14 Cts. sammt Zins die Rekurrentin oder die Rekursbeklagte aus dem Pfanderlöse vorab zu bezahlen sei. Demnach ist denn hier der zur Weiterziehung an das Bundesgericht erforderliche gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. keinenfalls gegeben, selbst dann nicht, wenn das Pfandobjekt diesen Werth besitzen sollte. Das Bundesgericht kann somit Mangels Kompetenz auf die Sache nicht eintreten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung der Rekurrentin wird nicht eingetreten und es hat somit in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 5. Oktober 1886 sein Bewenden.

II. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

8. *Arrêt du 25 Février 1887 dans la cause Wuilliens, Maget et consorts.*

Le 22 Mars 1864, Louise-Georgette Waridel a été unie par les liens du mariage à François-Louis Wulliens, de l'Isle (Vaud) ; celui-ci abandonna sa femme et quitta le pays dès le 1er Juin 1868.

Le recourant Jules Wulliens est né le 16 Avril 1871 et a été inscrit aux registres de l'état civil de la paroisse de l'Isle comme fils légitime de Louise-Georgette née Waridel et de François-Louis Wulliens, absent.

Le 25 Août 1874, Louise-Georgette, née Waridel, requiert et obtient du Tribunal de Cossonay un jugement prononçant, pour cause d'abandon, son divorce d'avec François-Louis Wulliens.

Le 21 Février 1876, Louise-Georgette Wulliens, née Waridel, épouse Marc-Rodolphe Maget, de l'Isle.

Ce dernier se prétend père de l'enfant Jules Wulliens : il l'a toujours reconnu publiquement comme son propre fils ; il l'a élevé et entretenu dès sa naissance et Louise-Georgette Maget a également toujours élevé le recourant comme étant le fils de Marc-Rodolphe Maget. Jules Wulliens demeure actuellement à l'Isle dans le domicile de Marc-Rodolphe Maget et de Louise-Georgette Maget, née Waridel.

C'est ensuite de ces faits que Jules Wulliens, se prétendant fils de Marc-Rodolphe Maget a, par demande du 12 Juin 1886, ouvert action à Marc-Rodolphe Maget, Louise-Georgette Maget, la commune de l'Isle et François-Louis Wulliens, tendant à ce qu'il plaise au Tribunal civil du district de Cossonay prononcer :

1° Que Jules Wulliens est légitimé par le mariage subséquent de son père Marc-Rodolphe Maget et de sa mère Louise-Georgette, actuellement femme de Marc-Rodolphe

Maget, née Waridel, femme divorcée de François-Louis Wulliens, mariage qui a été célébré à l'Isle le 21 Février 1886.

2° Que le dit Jules Wulliens, né le 16 Avril 1871, sera inscrit dans les registres de l'état civil sous les noms, prénoms et bourgeoisie ci-après :

« Jules Maget, fils de Marc-Rodolphe Maget et de Louise-Georgette née Waridel, né à l'Isle le 16 Avril 1871, bourgeois de la commune de l'Isle. »

3° Que cette inscription aura lieu par l'office de l'état civil de l'Isle sur la présentation du jugement revêtu de l'exéquatur.

A l'audience d'appointement à preuves du 10 Août 1886, la commune de l'Isle, Marc-Rodolphe Maget et sa femme Louise-Georgette Maget, née Waridel, ont confirmé la déclaration par eux faite devant le juge de paix du cercle de l'Isle le 28 avril 1886, par laquelle ils ont annoncé passer expédient sur les conclusions prises contre eux en demande.

A l'audience du Tribunal de Cossonay du 30 Août 1886, le substitut du procureur général Kaupert est intervenu aux débats et a déposé un préavis tendant à ce que les conclusions prises par Jules Wulliens soient écartées.

Par jugement du même jour, le Tribunal a débouté le demandeur de ses conclusions et l'a condamné aux dépens.

Jules Wulliens recourut contre cette sentence au Tribunal cantonal, lequel, par arrêt du 10 Novembre 1886, a écarté le recours et maintenu le jugement de première instance par les motifs ci-après :

Jules Wulliens, né en 1871, soit pendant le mariage conclu en 1864 entre François-Louis Wulliens et Georgette née Waridel, est présumé avoir pour père le mari de sa mère (c. c. article 162).

Bien que François-Louis Wulliens fût absent depuis près de trois ans lors de la naissance du demandeur, il n'a point désavoué cet enfant; l'action en désaveu appartient au mari seul, sauf le cas exceptionnel prévu par l'article 167 du code civil, et ce désaveu n'ayant pas eu lieu, Jules Wulliens est fils légitime de François-Louis Wulliens.

La loi fédérale sur l'état civil et la constitution fédérale autorisent la légitimation, par mariage subséquent, des enfants nés hors du mariage, mais une telle légitimation n'est possible que s'il est juridiquement établi que l'enfant dont on demande la légitimation est bien le fils des époux : dans l'espèce, il existe au contraire au profit du demandeur, une présomption juridique d'après laquelle il doit être considéré comme enfant légitime de François-Louis Wulliens, qui ne peut être surmontée, à l'exclusion de toute autre preuve quelconque, que par le désaveu exprès du premier mari de sa mère ou des héritiers de celui-ci dans le cas prévu à l'article 167 c. c. La circonstance que Marc-Rodolphe Maget a toujours reconnu Jules Wulliens comme étant son fils ne saurait infirmer cette présomption légale ; en l'absence du désaveu de François-Louis Wulliens, le demandeur n'est pas fondé à réclamer une filiation légitime contraire à celle qui résulte de son acte de naissance.

C'est contre cet arrêt que Jules Wulliens recourt au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise réformer le dit arrêt en ce sens que les conclusions prises par le recourant devant les instances cantonales lui sont adjugées.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Ainsi que le Tribunal fédéral l'a constaté dans des arrêts antérieurs (Frehner, Recueil III, pag. 204 ; Winkel contre Oberflachs, VI, pag. 660 ss. ; Champvent, IX, pag. 192) la législation fédérale proclame, dans l'article 54 de la constitution fédérale, reproduit dans l'article 25 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, le principe général que les enfants nés avant le mariage sont légitimés par le mariage subséquent de leurs parents ; mais en dehors de ce principe, formulé en faveur des enfants naturels nés hors du mariage, la dite législation n'édicte aucune disposition sur la filiation des enfants nés dans le mariage, sur les conditions et limites imposées pour l'exercice de l'action en désaveu d'un enfant légitime, sur la valeur de l'aveu du père adultérin ou de la mère, soit de leur assentiment pour contredire la présomption de légitimité admise comme conséquence de la naissance

d'un enfant pendant le mariage sur le droit d'action pour contester cette présomption, reconnu ou limité en faveur des personnes intéressées.

Cette matière est restée soumise au droit cantonal et la compétence de la Confédération pour en légiférer n'est pas reconnue dans l'article 64 de la constitution fédérale.

La conséquence nécessaire de cette constatation est que le Tribunal de céans est incompétent pour connaître du recours de Jules Wulliens contre l'arrêt cantonal du 10 Novembre 1886, puisque l'article 29 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire ne lui donne attribution pour prononcer la réforme des arrêts cantonaux de dernière instance que lorsqu'ils sont rendus en application de lois fédérales.

Le Tribunal cantonal a, en effet, prononcé sur la demande de Jules Wulliens en conformité des dispositions du code civil vaudois sur la filiation des enfants légitimes et le désaveu autorisé dans de certains cas par le législateur vaudois (article 162 et suiv.); il a reconnu que le recourant se trouvant au bénéfice de son acte d'état civil lui donnant la qualité d'enfant légitime né pendant le mariage, n'était pas autorisé à réclamer, dans les circonstances spéciales de la cause, un état contraire à son titre de naissance.

En ce faisant, le Tribunal cantonal a fait application du droit cantonal, et sa décision échappe au contrôle de la juridiction fédérale.

2° Le recourant ayant été admis à plaider au bénéfice du pauvre devant les instances cantonales, il n'y a pas lieu de mettre à sa charge un émolument de justice.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours de Jules Wulliens.

III. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

9. *Arrêt du 28 Janvier 1887, dans la cause Burnens contre Suisse-Occidentale-Simplon.*

Le 6 Novembre 1885, vers six heures et demie du soir, le chef d'équipe Bessero était occupé, avec le brigadier Jean-François Burnens, à décomposer le train 280 sur la voie 2 du triage à la gare de Renens.

La manœuvre consistait à faire avancer sur cette voie, au moyen d'une locomotive, vingt à trente wagons contre cinq ou six autres, qui étaient en place à une certaine distance, et qu'il s'agissait de crocher au train.

Bessero commandait la manœuvre ; Burnens devait crocher en queue une tranche de wagons, et au commencement de l'opération ces deux employés se trouvaient à une certaine distance l'un de l'autre, à côté de la voie et du côté du lac.

Bessero faisant avancer le train pour crocher cette tranche cria à Burnens : « Etes-vous prêt ? » à quoi Burnens répondit : « Encore quatre wagons en avant. »

Bessero donna au mécanicien le signal d'avancer et dirigea l'opération avec sa lanterne, puis s'apercevant que la tranche de wagon de queue n'était pas crochée, s'approcha et trouva Burnens en travers de la voie, la face contre terre. Burnens respirait encore, mais difficilement, puis mourut quelques minutes après. Une autopsie constata que le cœur de Burnens était déchiré et écrasé, et le Tribunal cantonal a

admis que Burnens a été tamponné, ignorant toutefois comment.

Les faits ci-après résultent en outre et entre autres des solutions données par les instances cantonales à divers allégués des parties.

Au moment de l'accident, la nuit était sombre. L'endroit où l'accident s'est produit était insuffisamment éclairé ; il n'a pas été établi que la lanterne située à environ 23 mètres du dit endroit fût allumée, et cette lanterne était en tout cas masquée par une tranche de wagons.

Depuis l'accident du 6 Novembre 1885, le personnel de la gare de Renens a été quelque peu augmenté, mais sans qu'il soit établi que cette augmentation ait été provoquée par l'accident.

Burnens était un employé de bonne conduite, sobre et aimé de ses supérieurs, camarades et inférieurs.

La veille de l'accident, Burnens avait obtenu un congé de quelques heures ; le jour même de l'accident il avait aussi eu un congé et n'avait commencé sa journée qu'à 10 heures du matin.

A la gare de Renens, le triage des trains s'opère ordinairement au moyen d'un chariot à vapeur au service duquel Burnens était attaché depuis un certain temps, alternativement avec l'autre brigadier.

Le 6 Novembre 1885, le chariot étant depuis quelques jours en réparation, le travail de la décomposition des trains devait se faire sans l'aide du chariot, comme partout où une machine de ce genre n'existe pas.

Burnens a été pendant environ une année chargé spécialement du travail consistant à crocher les wagons des trains en formation.

Il n'a pas été établi qu'à de nombreuses reprises Burnens ait, dans son service à la gare de Renens, commis des imprudences mettant sa vie en danger, ni que pour ce fait il se soit attiré des observations et des reproches de ses chefs.

C'est à la suite de ces faits que Henriette née Spring, veuve de Jean-François Burnens, et ses cinq enfants mi-

neurs représentés par leur tuteur Ch. Dussere à Renens ont, par demande du 21 Avril 1886, conclu à ce qu'il soit prononcé par sentence avec dépens que la Compagnie S.-O.-S. est leur débitrice et doit leur faire prompt paiement de la somme de 35 000 fr., modération de justice réservée, avec intérêt dès le 22 Février 1886, savoir, 10 000 fr. pour la veuve Burnens et 5000 fr. pour chacun de ses cinq enfants mineurs.

Les demandeurs fondent essentiellement leur demande sur ce que le personnel employé à la gare de Renens, lors de l'accident, était insuffisant, et sur le mauvais éclairage de la station.

Dans sa réponse, la Compagnie a conclu avec dépens à libération des conclusions de la demande et subsidiairement à leur réduction : elle estime que l'accident doit être attribué à la propre faute de la victime.

Par jugement des 27 et 28 Août 1886, le Tribunal civil du district de Lausanne a admis les conclusions des demandeurs en les réduisant toutefois à 15 500 fr., soit 12 500 fr. pour les cinq enfants et 3000 fr. pour la veuve.

La Compagnie S.-O.-S. recourut au Tribunal cantonal contre ce jugement, dont elle demanda la réforme dans le sens d'une réduction des indemnités allouées à la veuve et aux enfants Burnens ; elle estimait que la quotité de ces indemnités dépasse de beaucoup la somme à laquelle les demandeurs ont droit en vertu de sa responsabilité légale, l'indemnité ne devant comprendre que le préjudice pécuniaire, et celui-ci étant très inférieur à 15 500 fr., surtout si l'on prend en considération que le traitement de Burnens n'était que de 1300 fr. par an et qu'il ne pouvait consacrer à ses enfants que 600 à 650 fr. par an.

Statuant, le Tribunal cantonal, par arrêt du 16 Novembre 1886, a écarté le recours et maintenu la sentence des premiers juges, en se fondant, en résumé, sur les motifs ci-après :

La Compagnie est responsable, aux termes de l'art. 2 de la loi fédérale du 1er Juillet 1875, du dommage résulté de

l'accident. L'art. 7 de la même loi n'est pas applicable, puisqu'il ne s'agit point ici d'un cas de dol ou de négligence grave établi contre la Compagnie S.-O.-S. En ce qui a trait au montant de l'indemnité à allouer, on ne peut dire d'une manière absolue, avec la Compagnie, que Burnens pouvait consacrer à sa famille la moitié de son traitement. Il faut tenir compte en outre de certains éléments à apprécier dans chaque cas particulier, tels que l'âge, la qualité des personnes dont l'entretien était à la charge de la victime, l'âge et le nombre des enfants laissés par le défunt et les circonstances personnelles de celui-ci.

Burnens consacrait plus de 650 fr. par an à l'entretien de sa femme et de ses cinq enfants, dont l'aîné a onze ans et le cadet seulement un an.

Il est établi que le traitement de Burnens n'était pas sa seule ressource et qu'il obtenait de fréquents congés lui permettant de s'occuper d'affaires personnelles.

Il faut tenir compte aussi des chances d'avancement que pouvait avoir Burnens comme employé de la Compagnie, puisque le 1er Avril 1884, trois mois après son entrée comme équipe à la gare de Renens, il était déjà promu brigadier, et qu'il était d'ailleurs sobre, de bonne conduite, et aimé de tous. Dans ces circonstances il n'y a pas lieu de modifier le chiffre alloué par les premiers juges.

C'est contre cet arrêt que les deux parties recourent au Tribunal fédéral, concluant : *a*) les hoirs Burnens, à l'adjudication de leurs conclusions avec suite de tous dépens et subsidiairement une augmentation de la somme de 15 500 fr. qui leur a été accordée, et *b*) la Compagnie, également à l'adjudication des conclusions prises par elle dans son recours au Tribunal cantonal, plus haut relatées, en réduisant les sommes allouées à la veuve et aux enfants Burnens.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La Compagnie S.-O.-S. reconnaissant en principe sa responsabilité aux termes des art. 2 et 5 de la loi fédérale du 1er Juillet 1875, et n'alléguant plus, à sa décharge, une prétendue faute de la victime de l'accident, il faut examiner

d'abord si, ainsi que l'estime la partie demanderesse, il y a lieu, en dehors des dispositions précitées, de faire application à l'espèce de l'art. 7 de la même loi statuant que, dans le cas de dol ou de négligence grave, établi contre l'entreprise de transport, il peut être alloué au blessé ou aux parents de celui qui a été tué, une somme équitablement fixée, indépendamment de l'indemnité pour le préjudice pécuniaire démontré.

2° A l'appui de l'application de ce dernier article, les demandeurs font valoir qu'une faute, soit négligence grave dans le sens de cette disposition doit être reconnue à la charge de la Compagnie : *a*) par le fait de l'éclairage entièrement insuffisant de la gare au moment de l'accident; *b*) par le fait de l'insuffisance du personnel des employés à ce même moment. En revanche les demandeurs n'ont plus insisté sur un troisième élément de faute, à savoir que le genre de travail auquel Burnens était employé lorsqu'il fut mortellement atteint, ne serait pas rentré dans le cadre de ses fonctions et n'aurait pas été suffisamment connu de lui.

Bien que les demandeurs aient laissé tomber ce dernier point, il convient de faire observer que le reproche qu'il impliquait à l'adresse de la Compagnie était dénuée de tout fondement, puisqu'il a été établi par les instances cantonales que Burnens avait été employé pendant une année entière au moins au crochage des wagons.

A supposer que l'insuffisance de l'éclairage de la voie à l'endroit où l'accident s'est produit soit établie, et qu'elle puisse être considérée comme une négligence grave, il n'en résulterait point encore la possibilité d'appliquer l'art. 7 susvisé. Il ne suffit pas, en effet, de l'existence d'une négligence, même grave, à la charge de l'entreprise, mais il est encore nécessaire d'établir le rapport de cause à effet entre cette négligence et l'accident survenu ; or les demandeurs ont été impuissants à prouver ce rapport de connexité entre l'insuffisance de l'éclairage et la mort de Burnens. D'ailleurs, il ressort de la solution donnée par les Tribunaux cantonaux à un allégué des parties sur ce chef, que l'insuffisance de l'éclairage n'était pas absolue.

Il en est de même en ce qui concerne la prétendue insuffisance numérique du personnel affecté au crochage des wagons : cette insuffisance prétendue n'a point été établie à satisfaction de droit, et l'augmentation apportée à ce personnel postérieurement à l'accident a été motivée par les besoins d'un trafic plus considérable ; elle ne saurait donc être interprétée, ainsi que le fait la partie demanderesse, comme un aveu implicite de la part de la Compagnie,

3° Les articles 2 et 5 de la loi précitée devant dès lors seuls trouver leur application au litige, en ce qui a trait au taux de l'indemnité à allouer aux ayants droit de la victime de l'accident, il y a lieu de retenir d'abord que dans des cas identiques ou très analogues, le Tribunal fédéral a admis comme base du calcul de cette indemnité qu'un employé avec 1300 fr. de traitement pouvait consacrer la moitié de cette somme à l'entretien de sa famille, l'autre moitié étant strictement nécessaire à son propre entretien. C'est donc à une somme de 650 fr. environ par année, pendant le temps de la vie moyenne probable de la victime si l'accident ne se fût pas produit, qu'il convient d'évaluer le préjudice pécuniaire souffert par la femme et par les enfants de Burnens ; à cette somme il se justifie d'ajouter encore une centaine de francs, produits moyen, non contesté par la Compagnie, de travaux particuliers exécutés par Burnens en dehors et dans l'intervalle de ses fonctions. Il n'y a, en revanche, pas, avec l'arrêt dont est recours, à faire entrer comme facteur, dans cette supputation, les chances éventuelles d'avancement de cet employé : Abstraction faite de ce qu'il n'a point été établi, ni même allégué que ces chances fussent imminentes ou même prochaines, c'est la situation vraie et le gain de la victime au moment de l'accident qui doit évidemment servir de base à l'évaluation de l'indemnité à allouer soit à la personne blessée, soit, en cas de mort, à ses ayants droit. L'art. 5 de la loi mettant au bénéfice d'une indemnité, sans distinction, celui dont l'entretien était, au moment de la mort, à la charge de la personne tuée, il ne se justifie pas davantage de faire acception, avec l'arrêt dont est recours, dans la fixation de l'indemmité, de la qualité des ayants droit.

En prenant en considération l'âge de Burnens au moment de son décès, et toutes les circonstances susrappelées, ainsi que les données moyennes des tables de mortalité et tarifs des Compagnies d'assurance, il faut admettre qu'une somme de 11 000 francs constitue une indemnité suffisante pour le dommage subi par les demandeurs; il y a donc lieu de réduire à ce chiffre le montant alloué par le Tribunal cantonal, en laissant aux intéressés le soin de procéder entre eux, s'il y a lieu, au partage de cette somme.

4° Bien que la Compagnie ait obtenu une réduction de l'indemnité à payer aux hoirs Burnens, comme elle n'a pas formulé d'offre positive à sa partie adverse, ni conclu à une réduction déterminée de l'indemnité allouée par les instances cantonales, cette considération justifie la compensation des dépens.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

1° Le recours des hoirs Burnens est écarté.

2° Le recours de la Compagnie S.-O.-S. est admis, et l'arrêt rendu en la cause par le Tribunal cantonal du canton de Vaud, le 16 Novembre 1886, est réformé en ce sens que la prédite Compagnie payera à la veuve et aux enfants du défunt brigadier d'équipe, Jean-François Burnens, la somme de onze mille francs à titre d'indemnité, avec intérêt au 5 % l'an dès le 22 Février 1886.

---

10. Urtheil vom 4. März 1887 in Sachen Merz gegen Seethalbahn.

A. Durch Urtheil vom 16. Dezember 1886 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt:

1. Die Beklagte sei schuldig, an den Kläger zu bezahlen:

a. für Rückersatz der Verpflegungskosten an die Gemeinde Beinwyl und die Anstalt Königsfelden . . . . . Fr. 1228
b. für erlittenen Schaden . . . . . „ 4000

Zusammen: Fr. 5228

nebst Zins zu 5 % seit 12. Januar 1886.

2. Die Beklagte habe dem Kläger 3/4 der sämmtlichen Kosten mit 165 Fr. 50 Cts. zu ersetzen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Beklagte, die aargauisch-luzernische Seethalbahngesellschaft, die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Vertreter in erster Linie, es sei die Klage gänzlich abzuweisen, eventuell es sei die vorinstanzlich gesprochene Entschädigung erheblich zu reduziren, unter Kostenfolge; derselbe erklärt, er halte an allen von ihm vor den Vorinstanzen vorgebrachten Einwendungen fest und beantrage eventuell, sofern das Gericht dies für nothwendig erachte, auch Abnahme der von ihm anerbotenen Beweise dafür, daß der Kläger die Heilung durch unzweckmäßiges Verhalten verzögert und verhindert habe.

Der Anwalt des Klägers trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des zweitinstanzlichen Urtheils an unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung haben die Vorinstanzen folgendes festgestellt: Der am 5. März 1861 geborene Kläger war bei der Beklagten als Bahnarbeiter mit einem Taglohn von 2 Fr. 90 Cts. angestellt. Am 14. Januar 1884 arbeitete er gemeinsam mit mehreren andern Arbeitern auf der Bahnstrecke zwischen Birrwyl und Alliswyl an Bahnunterhaltungs- oder Vollendungsarbeiten. Es war üblich, daß sein Mittagessen in Beinwyl (wo er wohnte) von dem Zugspersonal eines in der betreffenden Richtung sich bewegenden Eisenbahnzuges in Empfang genommen, im Packwagen bis zu der, der jeweiligen Arbeitsstätte zunächst gelegenen, Station befördert und dort für den Kläger abgegeben wurde. Dies war auch am 14. Januar 1884 geschehen und es war der Korb mit dem klägerischen Mittagessen auf der Station Birrwyl ausgeladen worden. Als nun aber nachher der betreffende Zug bei der Arbeitsstätte des Klägers

vorbeifuhr, rief der Maschinenführer Vaterlaus, — anscheinend um sich einen Scherz mit dem Kläger zu erlauben, — demselben zu, sein Mittagessen befinde sich im Packwagen, er solle es holen. Der Kläger sprang hierauf dem, wegen des Zustandes der Linie sehr langsam fahrenden, Zuge nach und schwang sich auf die Treppe des Gepäckwagens; dort hörte er aber von dem Postkondukteur, daß sein Mittagessen bereits in Birrwyl ausgeladen worden sei. Er sprang deßhalb vom Wagentritte rückwärts herunter, fiel dabei zu Boden und wurde vom Zuge überfahren, so daß ihm das linke Bein zermalmt wurde. Die Verletzung erforderte eine 500tägige Verpflegung im Kantonsspitale zu Königsfelden, wofür Verpflegungskosten im Betrage von 1228 Fr. aufgelaufen sind (wovon die Gemeinde Beinwyl 635 Fr. 80 Cts. bezahlt hat, der Rest dagegen noch nicht bezahlt ist) und hat einen bleibenden Nachtheil zurückgelassen; nach dem eingeholten ärztlichen Gutachten des Spitaldirektors von Königsfelden ist die Funktionsfähigkeit des linken Beines in hohem Grade dauernd beschränkt. Der linke Unterschenkel ist seiner innern Stütze beraubt und die natürliche Brauchbarkeit vernichtet. Das Stehen auf dem linken Beine ist daher ohne künstlichen unterstützenden Apparat, welcher die Festigkeit der Unterschenkelknochen ersetzt, unmöglich und die Arbeitsfähigkeit des Verletzten sei dauernd und erheblich, in ebenso hohem Grade, wie nach einer Amputation des Unterschenkels, beeinträchtigt. Der Verletzte forderte, gestützt auf Art. 2, eventuell Art. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, Ersatz der Heilungs- und Pflegekosten mit 1228 Fr. und einem weitern Schadenersatz von 5000 Fr.

2. Die Beklagte bestreitet zunächst, daß der Unfall sich beim „Betriebe" ereignet habe. Diese Einwendung ist unbegründet. Der Unfall steht ja zweifellos in kausalem Zusammenhange mit einem Vorgange des Eisenbahnbetriebes. Daß der Kläger nicht beim Eisenbahnbetriebe, sondern beim Eisenbahnbau oder -Unterhalt beschäftigt war, ist gleichgültig. Denn der Unfall wurde nicht durch die Bau- oder Unterhaltungsarbeiten, bei welchen der Kläger thätig war, sondern durch den Eisenbahnbetrieb verursacht.

3. Im Fernern wendet die Beklagte grundsätzlich ein, daß der Kläger sich mit wissentlicher Uebertretung polizeilicher Vorschriften mit der Transportanstalt in Berührung gebracht habe, so daß die Haftpflicht der Eisenbahngesellschaft nach Art. 4 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes cessire; er habe zudem den Unfall unmittelbar selbst verschuldet.

4. Was nun zunächst die Einrede aus Art. 4 cit. anbelangt, so ist zu bemerken: Die Vorschrift des Art. 4 cit. ist bestimmt, die in Auslegung des deutschen Reichshaftpflichtgesetzes entstandene Kontroverse zu entscheiden, ob die Transportanstalt dann verantwortlich sei, wenn der Beschädigte zwar den Unfall selbst (die Körperverletzung oder Tödtung) nicht verschuldet, wohl aber sich in rechtswidriger Weise mit dem Eisenbahnbau oder Betrieb in Berührung gebracht und dadurch das Eintreten des (unmittelbar von ihm nicht verschuldeten) Unfalles ermöglicht hat (z. B. wenn der Beschädigte in rechtswidriger Weise das Bahngebiet betreten hat und dann dort in Folge einer [zufälligen] Explosion oder Entgleisung verletzt wurde). Art. 4 löst diese Frage grundsätzlich dahin, daß die Haftpflicht der Transportanstalt nur dann wegfalle, wenn den Beschädigten der Vorwurf bewußter, absichtlicher Rechtswidrigkeit trifft. Diese Bestimmung (vergl. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen, Bd. IX S. 185) bezieht sich aber nicht auf Fälle, wo die Körperverletzung oder Tödtung selbst durch eine schuldhafte Handlung des Beschädigten herbeigeführt wurde. Besteht vielmehr zwischen einem schuldhaften Thun des Beschädigten und dem Unfalle ein unmittelbarer kausaler Zusammenhang, so wird die Transportanstalt auch dann befreit, wenn dem Beschädigten nicht absichtliche Rechtswidrigkeit, sondern nur Fahrlässigkeit zur Last fällt. Nun behauptet im vorliegenden Falle die Beklagte, diejenigen Thatsachen, durch welche der Unfall unmittelbar herbeigeführt wurde, das Aufsteigen auf einen in Bewegung befindlichen Zug und das nachherige Abspringen von demselben, seien dem Beklagten zum Verschulden anzurechnen. Es ist daher klar, daß hier der Einrede aus Art. 4 des Haftpflichtgesetzes eine selbständige Bedeutung nicht zukommt, sondern daß lediglich zu untersuchen ist, ob der Unfall (ausschließlich

oder theilweise) auf ein, vorsätzliches oder fahrläßiges, Verschulden des Verletzten zurückzuführen sei.

5. In dieser Richtung ist nun mit den Vorinstanzen zuzugeben, daß der Kläger, indem er auf den in Bewegung befindlichen Zug auf- und wieder von demselben absprang, allerdings unvorsichtig gehandelt hat. Allein ebensosehr ist festzuhalten, daß diese unvorsichtige Handlungsweise nicht ausschließlich dem Kläger, sondern mindestens in gleichem, ja in überwiegendem, Maße auch dem Maschinenführer der Beklagten zum Verschulden anzurechnen ist. Einzig die Aufforderung des letztern, das Mittagessen im Packwagen zu holen, hat offenbar den Kläger zu seiner Handlungsweise veranlaßt; er faßte diese Aufforderung zweifellos als eine Erlaubniß auf, so zu handeln, wie er es gethan hat, und wenn dies allerdings, angesichts der bekannten Gefährlichkeit des Auf- und insbesondere des Abspringens bei wenn auch nur langsamer Bewegung eines Eisenbahnzuges, einen Mangel an Vorsicht und Umsicht des Klägers erkennen läßt, so kann doch andrerseits bei dieser Sachlage gewiß nicht gesagt werden, daß der Kläger bewußt rechtswidrig gehandelt habe oder daß sein Thun ausschließlich ihm und nicht auch demjenigen, der dasselbe muthwilligerweise veranlaßt hat, dem Maschinenführer Vaterlaus, zum Verschulden anzurechnen sei. Für das Verschulden ihres Angestellten, des Maschinenführers Vaterlaus, aber hat die beklagte Transportanstalt gemäß Art. 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes einzustehen; daß der Maschinist in casu gar nicht in dienstlicher Stellung gehandelt habe, wie die Beklagte behauptet, ist nicht richtig; that derselbe doch seine fragliche muthwillige Aeußerung während der Ausübung seiner dienstlichen Funktionen und mit Beziehung auf einen von der Beklagten übernommenen Transport. Liegt aber ein konkurrirendes Verschulden des Verletzten und der Transportanstalt vor, so hat, wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat, eine verhältnißmäßige Theilung des Schadens stattzufinden; die Transportanstalt ist von der Ersatzpflicht nicht gänzlich zu befreien, sondern es ist diese nur verhältnißmäßig, mit Rücksicht auf das konkurrirende Verschulden des Verletzten, zu reduziren. Diese Entscheidung entspricht, wenn sie auch im Eisenbahnhaftpflichtgesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, doch dem Sinn

und Geist dieses Gesetzes und der eidgenössischen Gesetzgebung überhaupt, wie sich dies aus den einschlägigen Bestimmungen sowohl des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 (Art. 5 litt. b) als des Obligationenrechtes (Art. 51 Absatz 2) ergibt.

6. In Bezug auf das Quantitativ der Entschädigung hat die Beklagte vorerst eingewendet, daß der Kläger zu Einforderung der Heilungskosten, insbesondere soweit dieselben von seiner Heimatgemeinde bereits bezahlt wurden, nicht legitimirt sei. Diese Einwendung ist unbegründet. Mit Recht führen die Vorinstanzen aus, daß, da der Kläger diese Kosten theils der Gemeinde, theils der Krankenanstalt Königsfelden schulde, er auch zu Einforderung derselben von der Beklagten berechtigt sei und letztere aus dem Ersatzanspruche der Gemeinde oder des Spitals eine Einrede gegenüber dem Kläger nicht herleiten könne. Sodann hat die Beklagte eventuell Beweise dafür anerboten, daß der Kläger sich mißhütet, d. h. durch unzweckmäßiges Verhalten die Heilung verhindert und verzögert habe. Allein die bezüglichen Beweisanträge derselben sind von der Vorinstanz als zu wenig substanziirt und angesichts der Zeugnisse und Gutachten der Spitaldirektion von Königsfelden von vornherein bedeutungslos, zurückgewiesen worden, und diese rein thatsächliche Entscheidung entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Ueberhaupt liegt ein Grund zu Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils im Sinne der Reduktion der dem Kläger gesprochenen Entschädigung nicht vor. Denn jedenfalls hat die Vorinstanz bei Festsetzung der Entschädigung dem mitwirkenden eigenen Verschulden des Klägers in umfassender und durchaus genügender Weise Rechnung getragen. Die Verletzung hat für den Kläger eine mehr als einjährige gänzliche Arbeitsunfähigkeit und eine sehr wesentliche bleibende Verminderung der Arbeitsfähigkeit (mindestens um die Hälfte) zur Folge; der Kläger wird ferner, wie nicht bestritten wurde, genöthigt sein, für Reparaturen und periodische Neuanschaffung eines künstlichen Fußes nicht unerhebliche Auslagen zu machen. Angesichts dieser Umstände sowie des bisherigen Verdienstes des Klägers und des jugendlichen Alters desselben darf der demselben entstandene Schaden (einschließlich der Heilungskosten) wohl auf 10—11,000 Fr. veranschlagt werden. Die von der zweiten Instanz gesprochene Ent-

schädigung von insgesammt 5228 Fr. ist daher, mit Rücksicht auf das Verhältniß des beidseitigen Verschuldens, jedenfalls nicht übersetzt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 16. Dezember 1886 sein Bewenden.

---

11. Urtheil vom 26. März 1887 in Sachen Bühler gegen Jura-Bern-Luzern-Bahngesellschaft.

A. Durch Urtheil vom 6. Januar 1887 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Der Klägerin Frau Katharina Bühler geb. Pflieger, für sich und Namens sie handelt, ist ihr Klagebegehren zugesprochen und es wird die Entschädigung, welche die beklagte Jura-Bern-Luzern-Bahngesellschaft in Bern ihr von daher zu bezahlen hat, auf vierzehntausend Franken (14,000 Fr.) festgesetzt, welche Summe seit dem 9. September 1884 zu 5 % zinsbar erklärt wird.

2. Die Beklagte ist gegenüber der Klägerschaft zur Bezahlung ihrer auf den Betrag von 413 Fr. 25 Cts. bestimmten Kosten dieses Prozesses verurtheilt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils die gegnerische Klage abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Vertreter der Kläger dagegen beantragt: es sei in Abweisung der Beschwerde der Beklagten das vorinstanzliche Urtheil zu bestätigen, unter Kosten und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Ehemann und Vater der Kläger, Friedrich Bühler, stand seit 1. September 1875 als Lokomotivführer im Dienste

der Beklagten; am 9. September 1884, Morgens früh 5 Uhr, war er in der Lokomotivremise des Bahnhofes zu Pruntrut damit beschäftigt, vor der Abfahrt seine (etwas beschädigte und nur provisorisch reparirte) Maschine einer genauen Untersuchung zu unterwerfen. Er war, um die inliegenden Maschinentheile zu untersuchen, mit einer Laterne in der Hand in die Putzgrube unter die Maschine gestiegen; von hier aus ertheilte er dem Heizer den Befehl, die Steuerung zurückzulegen, die Bremse anzuziehen und die Maschine „ein wenig" zu bewegen; bald darauf rief er, immer von der Putzgrube aus, dem Heizer, wie dieser aussagte, zu: „Etwas fester bewegen!" welchem Befehle der Heizer Folge leistete. Bei der daraufhin ausgeführten (Rückwärts-) Bewegung der Maschine wurde Bühler durch eines der linken Räder der Maschine erfaßt und ihm der Kopf oberhalb des Brustbeins total vom Rumpfe getrennt, mit Ausnahme eines Stückes der Nackenhaut, woran er noch hing, eine Verletzung, welche selbstverständlich den sofortigen Tod zur Folge hatte.

2. Es ist (und gewiß mit Recht) nicht bestritten worden, daß der Unfall sich beim Betriebe ereignet habe. Dagegen behauptet die Beklagte, der Getödtete habe denselben durch eigenes grobes Verschulden herbeigeführt; der Kopf des Getödteten habe sich im Augenblicke des Unfalles zwischen den Schienen und den Rädern der Lokomotive befunden. In diese Stellung habe der Verunglückte bei der Beschaffenheit der Putzgrube nur durch eine freiwillige Handlung gelangen können. Wenn nun auch für eine selbstmörderische Absicht keine Anhaltspunkte vorliegen, so sei doch jedenfalls klar, daß es eine grobe Fahrläßigkeit des Getödteten involvire, wenn derselbe, nachdem er den Befehl zur Bewegung der Lokomotive gegeben, aus irgend welchem Grunde, vielleicht um noch rasch etwas nachzusehen, den Kopf über die Schienen hinausgestreckt beziehungsweise denselben nicht zurückgezogen habe. Diese Einwendung erscheint als unbegründet. Es ist allerdings zuzugeben, daß eigenes Verschulden des Getödteten vorläge, wenn erwiesen wäre, daß der Verunglückte, nach Ertheilung des Befehls zu Bewegung der Maschine, den Kopf freiwillig über die Schienen hinausgestreckt oder denselben nicht zurückgezogen und sich so der augenscheinlichen Gefahr, im

nächsten Augenblicke von den Rädern ergriffen und zermalmt zu werden, ausgesetzt hätte; ein so gefährliches Vornehmen wäre gewiß nur unter ganz außerordentlichen Verhältnissen zu rechtfertigen. Allein nach dem Thatbestande der Vorinstanz ist eben nicht erwiesen, daß der Verunglückte, nach ertheiltem Befehle sich freiwillig in die gefährliche Lage, in welcher der Tod ihn ereilte, gebracht oder darin verweilt hat; vielmehr ist, wie die Vorinstanz an Hand der von ihr eingeholten Expertise ausführt, eine Reihe anderer Möglichkeiten gegeben, ist es insbesondere möglich, daß der Verunglückte durch Anstoßen an einen Bestandtheil der Lokomotive oder durch Ausgleiten auf dem konvexen Boden der Putzgrube unfreiwillig in die fragliche Körperstellung gelangt ist, oder in derselben fest gehalten wurde. Der Anwalt der Beklagten hat allerdings heute behauptet, diese Möglichkeiten seien, bei der Beschaffenheit der Putzgrube und der verwendeten Lokomotive, naturgesetzlich völlig ausgeschlossen. Allein diese rein thatsächliche Behauptung ist in keiner Weise erwiesen, sondern steht vielmehr mit dem vorinstanzlichen Thatbestande in unvereinbarem Widerspruche. Es ist daher davon auszugehen, daß der Unfall durch eine unermittelte Ursache herbeigeführt worden ist; derselbe ist also als ein zufälliger zu betrachten und die Beklagte hat somit den ihr obliegenden Beweis des eigenen Verschuldens des Verunglückten nicht erbracht. Die Klage ist daher grundsätzlich gutzuheißen und, da das Quantitativ der vorinstanzlich gesprochenen Entschädigung im heutigen Vortrage von der Beklagten eventuell als angemessen anerkannt worden ist, so ist die vorinstanzliche Entscheidung ihrem ganzen Umfange nach einfach zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 6. Januar 1887 sein Bewenden.

IV. Haftpflicht für den Fabrikbetrieb.
Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

12. Urtheil vom 11. März 1887 in Sachen Digel gegen Vogel.

A. Durch Urtheil vom 23. Dezember 1886 hat das Kantonsgericht des Kantons Zug erkannt:

a. Beklagter sei pflichtig, an Kläger, gestützt auf das Bundesgesetz betreffend Haftpflicht für Fabrikbetrieb, für eine den 2. Mai 1885 erhaltene Verletzung zu bezahlen:

1. den entgangenen Verdienst vom 21. September 1885 bis zum Urtheil der letzten Instanz per Arbeitstag zu 1 Fr. 50 Cts.

2. Eine einmalige Entschädigung von 5500 Fr.

b. Habe Beklagter seine Kosten an sich zu tragen und an Kläger 450 Fr. Rechtskosten zu vergüten.

B. Dieses Urtheil wurde im Einverständnisse beider Parteien unter Umgehung der zweiten Instanz direkt an das Bundesgericht gezogen. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter des Klägers, es sei letzterm für entgangenen Verdienst vom 2. Mai 1885 an bis zum Inkrafttreten des letztinstanzlichen Urtheils ein Betrag von 1 Fr. 80 Cts. per Tag, sowie eine Aversalentschädigung von 10,000 Fr. zuzusprechen und Beklagter in sämmtliche Kosten zu verurtheilen.

Der Vertreter des Beklagten dagegen beantragt in erster Linie, es sei das kantonsgerichtliche Urtheil zu bestätigen, eventuell, wenn das Bundesgericht auf eine Abänderung desselben eintreten sollte, sei die Entschädigung auf 3000 Fr. zu reduziren, gemäß der Gegenrechtsfrage des Beklagten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der am 20. Juni 1869 geborene Kläger war seit 15. April 1885 in der Papierfabrik des Beklagten angestellt, wo er theils mit Schmieren, theils mit Ausschußwegräumen und Papieraufführen beschäftigt wurde. Für die Fabrik des Beklagten ist der ununterbrochene Betrieb (auch während der

Nachtzeit) gestattet worden. Der Kläger arbeitete regelmäßig während des elfstündigen Arbeitstages; häufig wurde er aber darüber hinaus noch zur Arbeit während eines Theiles der Nachtstunden zugelassen. So arbeitete der Kläger z. B. Montags den 27. und Mittwochs den 29. April 1885 während je 15 Stunden, Freitags den 1. Mai während 12 Stunden. Nach der Feststellung des Vorderrichters wurde diese Ueberzeitarbeit während der Nachtstunden dem Kläger auf sein und seines Vaters Nachsuchen gestattet. Samstag den 2. Mai 1885 wurde der Kläger abermals zur Nachtarbeit zurückbehalten, weil ein Arbeiter, welcher ihn bei der Maschine ablösen sollte, ausgeblieben war. Während nun der Kläger Nachts circa 10 Uhr mit Papieraufräumen beschäftigt war, gerieth er in nicht näher ermittelter Weise zwischen die Walzen der betreffenden Papiermaschine und erlitt dadurch sehr schwere körperliche Verletzungen. Er wurde, nachdem er inzwischen von einem herbeigerufenen Arzte behandelt worden war, am folgenden Tage in den Bürgerspital von Zug verbracht, wo er bis zum 21. September 1885 (auf Kosten des Beklagten) verpflegt wurde. Als bleibende Folgen der Verletzung sind namentlich zu nennen der Verlust der linken Ohrmuschel und damit verbunden eine bedeutende Verminderung des Gehörs auf diesem Ohre, der Verlust des linken Vorderarmes, welcher in seinem obern Dritttheile amputirt werden mußte, Verbrennungsnarben am rechten Vorderarme und an der rechten Hand, deren Funktionsfähigkeit sehr geschwächt ist. Nach dem Gutachten der Gerichtsärzte wird dem Kläger eine anstrengende Arbeit für immer unmöglich sein und bleibe auch für ganz leichte Beschäftigung nur eine äußerst beschränkte Auswahl. Die Vorinstanz stellt daher fest, es sei die lebenslängliche, „nahezu vollständige" Arbeitsunfähigkeit des Klägers bewiesen. Durch Urtheil des Strafgerichtes Zug vom 9. September 1885 wurde der Beklagte Karl Vogel, Inhaber der Papierfabrik Cham, der Uebertretung des Fabrikgesetzes schuldig erklärt und zu einer Geldbuße von 40 Fr. verurtheilt, in Erwägung, „daß am 2. Mai Nachts circa $^1/_2$ 10 Uhr Josef „Digel, geb. den 20. Juni 1869, bei der Arbeit in der Papier„fabrik Cham schwer verletzt wurde, ... daß aus den

„Zeugnissen von Anton Bütler, Maschinenmeister, hervorgeht, „daß nebst dem verunglückten Digel auch einige andere Personen „auf ihr eigenes Verlangen vor erfülltem achtzehntem Jahre „bisweilen einige Stunden zur Nachtarbeit verwendet wurden, „wenn Mangel an Arbeitern war, daß gemäß Bundesgesetz be„treffend die Arbeit in den Fabriken Art. 16 Alinea 3 Sonn„tags- und Nachtarbeit von jungen Leuten unter 18 Jahren „untersagt ist und zudem das schweizerische Handelsdepartement „der Papierfabrik Cham den kontinuirlichen Betrieb nur ge„stattete unter der Bedingung, daß zur Nachtarbeit nur männ„liche Arbeiter von über 18 Jahren verwendet werden dürfen, „und zwar nur mit ihrer eigenen Zustimmung, daher die Di„rektion im heutigen Falle nicht berechtigt war, denselben, auch „wenn sie zudringlich um Nachtarbeit nachsuchten, dieselbe zu „gestatten." Der Kläger formulirte vor der kantonalen Instanz seine Entschädigungsforderung in gleicher Weise wie vor Bundesgericht (s. Fakt. B), indem er darauf abstellte, der Unfall sei durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Beklagten herbeigeführt worden. Der Beklagte anerbot (außer der Uebernahme der im Bürgerspital von Zug erwachsenen Pflegekosten) eine Entschädigung von 3000 Fr.

2. Der Anwalt des Beklagten hat zu Begründung seines ersten bei der heutigen Verhandlung gestellten Antrages behauptet, das Bundesgericht sei überhaupt nicht kompetent, da die Beschwerde des Klägers sich ausschließlich gegen thatsächliche Feststellungen der Vorinstanz richte. Diese Einwendung ist durchaus unbegründet. Sollte die Beschwerde des Klägers sich ausschließlich gegen thatsächliche Feststellungen des Vorderrichters richten, so müßte dieselbe allerdings erfolglos bleiben, da das Bundesgericht an den Thatbestand des kantonalen Gerichtes gebunden ist. Die Kompetenz des Bundesgerichtes dagegen wäre nichtsdestoweniger begründet, da alle gesetzlichen Voraussetzungen derselben gegeben sind.

3. Streitig ist lediglich das Quantitativ der Entschädigung. Für das Ausmaß derselben ist von wesentlicher Bedeutung, ob der Unfall durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung von Seite des Betriebsunternehmers herbeigeführt wurde, so daß

nach Art. 6 Absatz 3 des eidgenössischen Fabrikhaftpflichtgesetzes das in Absatz 2 ibidem festgesetzte Entschädigungsmaximum wegfällt. Die Vorinstanz hat dies ohne weiters angenommen, indem sie sich einfach auf das Urtheil des Strafgerichtes von Zug vom 9. September 1885 beruft. Dies ist nun jedenfalls unrichtig. Das fragliche Strafurtheil stellt ja in keiner Weise fest, daß der Unfall, d. h. die Körperverletzung des Klägers, durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des beklagten Fabrikherrn herbeigeführt worden sei, sondern es belegt den Beklagten lediglich wegen mehrfacher Uebertretung der Vorschriften des eidgenössischen Fabrikgesetzes über Verwendung jugendlicher Arbeiter mit Buße, ohne irgendwie auszusprechen, daß der Unfall durch strafbares Verschulden des Beklagten verursacht sei. Damit das Entschädigungsmaximum wegfalle aber muß eben letzteres festgestellt, d. h. es muß der kausale Zusammenhang zwischen Unfall und strafrechtlichem Verschulden des Fabrikherrn gegeben und somit der Thatbestand, welcher den civilen Entschädigungsanspruch des Verletzten begründet, gleichzeitig auch Thatbestand einer strafrechtlich verfolgbaren Handlung des Fabrikherrn sein. Nun hat aber der Vertreter des Beklagten in seinem heutigen Vortrage ausdrücklich erklärt, es werde zugegeben, daß der Unfall durch strafrechtlich verfolgbares Thun des Beklagten herbeigeführt worden sei und das Entschädigungsmaximum somit keine Anwendung finde, und hieran muß durchaus festgehalten werden. Zu dem gleichen Ergebnisse würde übrigens auch die eigene freie, richterliche Prüfung des Thatbestandes führen. Der beklagte Fabrikherr hat nicht eingewendet, daß die gesetzwidrige Verwendung des noch nicht einmal 16 Jahre alten Klägers zu Ueberzeitarbeit während der Nachtstunden ihm persönlich zum Verschulden nicht angerechnet werden könne; es darf ferner, nach der Sachdarstellung beider Parteien vor dem kantonalen Gerichte, angenommen werden, daß gerade durch diese gesetzwidrige Ueberanstrengung des Klägers der Unfall herbeigeführt wurde, d. h. daß dem Kläger seine sonst nicht besonders gefährliche Arbeit gerade deßhalb verhängnißvoll wurde, weil er durch die in kurzen Zwischenräumen sich wiederholende, die Kräfte eines noch nicht sechszehnjährigen Knaben offenbar weit über-

steigende, Ueberzeit- und Nachtarbeit ermattet und erschöpft, die gewöhnliche Herrschaft über seine Bewegungen nicht mehr besaß. Steht aber somit der Unfall in kausalem Zusammenhang mit der Uebertretung eines zu Sicherung von Leben und Gesundheit jugendlicher Arbeiter gegebenen Gesetzes durch den Beklagten, so ist der Unfall selbst letzterm zum Verschulden anzurechnen und der Thatbestand strafbarer fahrläßiger Körperverletzung als gegeben zu erachten.

4. Ist demnach die Entschädigung ohne Rücksicht auf das Entschädigungsmaximum des Art. 6 Absatz 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes auszumessen, so liegt ein Grund zu Herabsetzung derselben unter den Betrag des wirklich erlittenen Schadens überhaupt nicht vor. Von einem Mitverschulden des Klägers nämlich kann offenbar keine Rede sein; wenn der Beklagte ein solches darin hat finden wollen, daß der Kläger selbst und sein Vater um Zutheilung von Ueberzeitarbeit an den erstern wiederholt nachgesucht haben, so kann hierauf schon deßhalb nichts ankommen, weil gerade an dem Abende des Unfalles der Kläger festgestelltermaßen wegen des Nichterscheinens eines andern Arbeiters zur Nachtarbeit zurückbehalten wurde. Die weitere vom Beklagten aufgestellte Behauptung, daß die schlimmen Folgen des Unfalles durch unrichtige Behandlung seitens des zuerst herbeigerufenen Arztes wesentlich mitverursacht worden seien, fällt ebenfalls ohne weiters und ohne daß es einer Prüfung ihrer Erheblichkeit bedürfte, außer Betracht, denn dieselbe ist, nach dem Thatbestande der Vorinstanz, gar nicht erwiesen.

5. Die dem Kläger für dauernde Schmälerung seiner Erwerbsfähigkeit vorinstanzlich zugesprochene Entschädigung von 5500 Fr. erscheint nun als zu niedrig bemessen. Die Vorinstanz hat sich unter anderm wesentlich darauf bezogen, daß, wenn das gesetzliche Entschädigungsmaximum Anwendung fände, dem Kläger nur etwa 3300 Fr. zugesprochen werden könnten, Diese Erwägung beruht aber offenbar auf einem Rechtsirrthum. In denjenigen Fällen, wo das gesetzliche Entschädigungsmaximum nicht zur Anwendung kommt, ist der durch Aufhebung oder Schmälerung der Erwerbsfähigkeit entstandene Schaden voll

und ganz, ohne alle Rücksicht auf den Betrag des Maximums, zu vergüten. Zieht man nun das Alter und den Verdienst des Klägers einerseits, die sehr erhebliche, jedenfalls auf circa $^5/_6$ zu veranschlagende dauernde Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit desselben andrerseits in Betracht, so erscheint eine Erhöhung der Aversalentschädigung auf 9000 Fr. als angemessen, da dem Kläger wohl ein bleibender Einkommensausfall von circa 500 bis 600 Fr. per Jahr entsteht.

6. Was die Forderung des Klägers von 1 Fr. 80 Cts. per Tag für entgangenen Verdienst vom Tage des Unfalles bis zum letztinstanzlichen Urtheile anbelangt, so geht dieselbe jedenfalls zu weit; es ist bei Stellung derselben übersehen, daß während der Verpflegung des Klägers im Spital zu Zug der Beklagte die Kosten des Unterhaltes desselben bestritt, so daß jedenfalls für diese Zeit der Kläger nicht Ersatz seines ganzen frühern Taglohnes fordern kann. Ueberhaupt erscheint es, da bei Feststellung der Aversalentschädigung von der Thatsache der nahezu völligen Invalidität des Klägers ausgegangen wurde, als angemessen, dem Entschädigungsanspruch desselben für zeitweilige gänzliche Arbeitsunfähigkeit einfach dadurch Rechnung zu tragen, daß die Aversalentschädigungssumme als vom Tage des Unfalls an verzinslich erklärt wird.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird abgewiesen; diejenige des Klägers wird als theilweise begründet erklärt und es wird in Abänderung des Dispositiv a des angefochtenen Urtheils des Kantonsgerichtes von Zug vom 23. Dezember 1886 der Beklagte als schuldig erklärt, dem Kläger eine Entschädigung von 9000 Fr. (neuntausend Franken) sammt Zins zu fünf Prozent seit 2. Mai 1885 zu bezahlen.

V. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

13. Urtheil vom 14. Januar 1887 in Sachen Profumo gegen Stumm.

A. Durch Urtheil vom 30. September 1886 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Beklagter Appellant trägt eine zweitinstanzliche Urtheilsgebühr von 60 Fr. und sämmtliche ordentliche und außerordentliche Kosten. Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes Baselstadt vom 20. Juli 1886 ging dahin: Beklagter ist verfällt zur Zahlung von 9691 Fr. 90 Cts. nebst Zins à 5 % seit 23. Januar 1886 und mit seiner Widerklage abgewiesen; er trägt die ordinären und extraordinären Prozeßkosten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte und Widerkläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt dieselbe: Kläger sei mit seiner Klage unter ⁰/₀ Kostenfolge abzuweisen und widerklagsweise in die Bezahlung von 2720 Fr. nebst Zins à 5 % vom 30. November 1885 zu verfällen. Dagegen beantragt der Vertreter des Klägers und Widerbeklagten, es sei die gegnerische Beschwerde zu verwerfen und das angefochtene Urtheil in allen Theilen zu bestätigen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Thatsächlich ist durch die Vorinstanzen festgestellt: Am 26. Juli 1885 kam zwischen den Parteien eine Vereinbarung zu Stande, wonach der Beklagte sich verpflichtete, seinen Bedarf an kaukasischem und pensylvanischem Petrol ab Italien (im Minimum 20,000 Fässer per Jahr) während der Dauer von zwei Jahren ausschließlich vom Kläger zu beziehen. In Ausführung dieser Vereinbarung schlossen die Parteien am darauffolgenden Tage (27. Juli 1885) einen Vertrag ab, wonach der Beklagte vom Kläger 10,500 Fässer kaukasischen Petrols zum Preise von 17 ¼ Fr. für 100 Kilos, franko Waggon Genua, kaufte. In Betreff der Lieferfristen ist bestimmt, daß monatlich 2100 Fässer und zwar während der Monate Sep-

tember, Oktober, November, Dezember und Januar nächstkünftig geliefert werden sollen, mit dem Beifügen: Ces expéditions mensuelles devant se faire successivement, conditionnellement à l'arrivée des navires. Dem Käufer war das Recht eingeräumt, die Waare statt in Fässern auch in seinen Cisternenwagen, die zu diesem Zwecke an Ort und Stelle der Ablieferung versandt werden mußten, zu beziehen, und dem Verkäufer war die Pflicht auferlegt, die leeren Fässer zum Preise von 5 Fr. per Stück zurückzunehmen. Durch späteres Uebereinkommen wurde die Septemberlieferung auf den Monat Februar reportirt und die noch nicht verfallene Dezemberlieferung vom Kläger am 30. November/1. Dezember (und zwar 12.5 Cts. per 100 Kilos unter dem Verkaufspreise) zurückgekauft. Im Uebrigen wurde mit der vertragsmäßigen Ausführung des Geschäftes begonnen. In Bezug auf die Lieferung für den Monat November enstanden nun aber zwischen den Parteien Differenzen. Am 10. November bestellte der Beklagte 4 Wagen, und zwar mit dem ausdrücklichen Begehren, daß in Fässern geliefert werde, während bisher der Bezug in Cisternen stattgefunden hatte. In Folge von Rückkaufsunterhandlungen (die auch thatsächlich zum Rückkaufe von 16 Wagen der Novemberlieferung durch den Kläger führten) wurde indeß diese Bestellung sistirt. Am 21. November schrieb der Beklagte an den Kläger, daß er nun noch circa 1340 Faß zu beziehen habe, hievon seien 5 Wagen à 57 Faß bis zum 23. November (in Fässern) zu spediren. Bezüglich der übrigen 1050 Faß erwarte er bis zum 28. November die Anzeige des Klägers, ob er seine Cisternenwagen nach Genua schicken könne. Für den Fall, als dies nicht möglich sein sollte, wünsche er, um die Waare noch im November zu erhalten, Lieferung in Fässern. Am 27. November telegraphirte der Kläger (welcher mit dem am 21. November in Genua eingetroffenen Schiffe Alma 2028 Fässer russischen Petrols erhalten hatte) an den Beklagten, daß er seine Cisternen zur Abnahme des Restes der Novemberlieferung nach Genua senden könne. Der Beklagte antwortete hierauf am 28. November, er werde die Cisternen erst schicken, wenn die bestellten 5 Wagen mit Fässern abgegangen seien. Mit Schreiben vom 30. November entschuldigte

sich der Kläger, daß er, in der Meinung, die Interessen des Beklagten durch Lieferung in Cisternen besser zu wahren, die bestellten 5 Wagen in Fässern nicht sofort geliefert habe; er werde dieselben nunmehr so bald als möglich liefern. Am 2. Dezember erwiderte der Beklagte hierauf, daß er die gesammte restirende Novemberlieferung ablehne, und überdem eine Schadenersatzforderung im Betrage von 2720 Fr. geltend mache, weil er sich in Folge der Nichtlieferung der Novemberwaare anderswo (in Antwerpen) durch Ankauf theurerer Waare habe decken müssen. In der Folge erklärte der Beklagte, daß er in Folge Vertragsbruches des Klägers überhaupt den ganzen Vertrag vom 27. Juli 1885 annullire und daher auch die Lieferungen für Januar und Februar 1886 nicht annehme. Der Kläger dagegen beharrte auf der Ausführung des Vertrages mit der einzigen Ausnahme, daß er anerkannte, Beklagter sei zu Abnahme der nicht rechtzeitig gelieferten 5 Wagen von 285 Faß nicht mehr verpflichtet. Um bei dem Sinken der Preise des Petroleums einen größern Verlust und weitere Lagerspesen für die vom Kläger in das öffentliche Lagerhaus in Sampierdarena verbrachte Novemberlieferung zu verhüten, einigten sich die Parteien dahin sämmtliche drei Lieferungen vom November, Januar und Februar an den Kläger zurückzuverkaufen und die aus dem inzwischen gesunkenen Preise des Petrols sich ergebende Differenz von 7783 Fr. 25 Cts., Werth 23. Jauuar, sowie das bis zu diesem Tage aufgelaufene Lagergeld unter Vorbehalt der Geltendmachung weiterer Ansprüche dem Unrecht habenden Theil aufzuerlegen. In Folge dieser Uebereinkunft erhob der Kläger am 14. April 1886 Klage mit dem Rechtsbegehren: es sei Beklagter zur Zahlung der obgenannten Differenzsumme von 7783 Fr. 25 Cts. zuzüglich der Lager-, Fracht- und Ladespesen ꝛc. im Betrage von 1908 Fr. 65 Cts., zusammen 9691 Fr. 90 Cts. nebst Zins à 5 % seit 23. Januar 1886 zu verfällen, unter Kostenfolge.

2. Bei rechtlicher Prüfung der Beschwerde muß sich zunächst fragen, ob der Beklagte wegen der, zugestandenermaßen nicht rechtzeitig erfolgten, Lieferung der 5 von ihm am 21. November 1885 bestellten Wagen in Fässern von dem ganzen Vertrage

vom 27. Juli 1885 zurücktreten und somit die Annahme nicht nur der November-, sondern auch der Januar- und Februarlieferung verweigern könne. Dies ist zu verneinen. Der Vorderrichter führt aus, es handle sich im vorliegenden Falle, wie aus den Akten klar hervorgehe, nicht um ein einheitliches (und untheilbares) Rechtsgeschäft (Fixgeschäft); es sei vielmehr nach der unverkennbaren Absicht der Parteien gleich von Anfang an vorgesehen gewesen, daß die nähere Regelung der jeweiligen Monatslieferungen einer besondern Vereinbarung der Parteien vorbehalten bleiben solle. Bei der Ausführung des Vertrages seien demnach auch wirklich über jede Monatslieferung und selbst über Theile solcher besondere Maßregeln getroffen worden, so auch speziell bei der Novemberlieferung. Diese Ausführung beruht auf einer Interpretation des Parteiwillens, in welcher ein Rechtsirrthum nicht zu erkennen ist; Art. 234 des O.-R. auf welchen der Beklagte sich beruft, ist nicht verletzt. Freilich stellt Art. 234 cit. (abweichend von andern Gesetzen, z. B. vom deutschen Handelsrechte) die Vermuthung auf, daß, wenn im kaufmännischen Verkehre ein bestimmter Lieferungstermin verabredet sei, der Käufer das Recht habe, beim Verzuge des Verkäufers ohne Weiteres von dem Vertrage zurückzutreten. Allein in dem in concreto maßgebenden Vertrage vom 27. Juli 1885 ist nun, wie der Vorderrichter ohne Rechtsirrthum ausführt, ein bestimmter Lieferungstermin für die stipulirten monatlichen Lieferungen noch gar nicht vereinbart, denn dieselben sollen ja nach dem Vertrage successive, je nach der Ankunft der Schiffe, d. h. offenbar zu später erst näher zu bestimmender Zeit, geschehen. Es kann also nicht die Rede davon sein, daß durch den Vertrag vom 27. Juli 1885 über die Gesammtlieferung ein einheitliches Fixgeschäft (mit einer Mehrzahl von festbestimmten Lieferungsterminen) abgeschlossen worden sei; vielmehr ist dem Vorderrichter darin beizutreten, daß die einzelnen Monatslieferungen von vornherein als besondere Leistungen mit selbständig zu bestimmender Erfüllungszeit aufgefaßt wurden. Demnach kann denn auch nicht angenommen werden, daß eine Säumniß in Betreff einer einzelnen der vereinbarten Lieferungsraten den Käufer zum Rücktritte

vom ganzen Vertrage auch rücksichtlich der spätern Monatslieferungen berechtige.

3. Was sodann speziell die Novemberlieferung anbelangt, so liegt nicht im Streite, daß der Verkäufer Abnahme der am 21. November bestellten 5 Wagen in Fässern nicht verlangen kann. Streitig ist nur die Pflicht, des Käufers, den Rest der Lieferung (in Betreff dessen Transport in Cisternen vereinbart war) anzunehmen, resp. den durch seine Annahmeverweigerung enstandenen Schaden zu ersetzen. Nun ist nach dem festgestellten Thatbestande nicht zu bezweifeln, daß der Verkäufer rechtzeitig Lieferung dieses Theils der Waare anerboten hat; es ist auch offenbar als festgestellt zu erachten, daß er zur Erfüllung thatsächlich bereit und im Stande war, uud daß die Lieferung nur deßhalb unterblieb, weil der Käufer seine vereinbarte Mitwirkung (die Absendung der Cisternen) verweigerte. Diese Annahmeverweigerung des Käufers erscheint als ungerechtfertigt. Der Vorderrichter führt in dieser Richtung aus: Dadurch, daß der Beklagte am 21. November die Ordre abgegeben habe, 5 Wagen in Fässern zu liefern und für den Rest versprochen habe, seine Cisternen zur Verfügung zu stellen, sei der Generalvertrag bezüglich der Ausführung eines Bestandtheils spezialisirt worden. Durch diese Spezialisirung sei etwas Neues, Selbständiges, vom Ganzen Losgelöstes geschaffen worden. Das Verschulden, das den Kläger in dieser speziellen Richtung treffe, könne daher auch blos in diesem Punkte nachtheilige Folgen nach sich ziehen, nicht dagegen den Beklagten im Uebrigen zur Verweigerung der Annahme der rechtzeitig angebotenen Waare berechtigen. Auch in dieser Ausführung kann ein Rechtsirrthum nicht gefunden werden; dieselbe entspricht vielmehr der Thatsache, daß nach der zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz die Novemberlieferung (soweit noch nicht geregelt) unverkennbar in zwei selbständige Lieferungen (die Lieferung in Fässern und diejenige in Cisternen) zerlegt wurde.

4. Demnach ist die Klage in der Hauptsache, d. h. bezüglich der Preisdifferenz von 7783 Fr. 25 Cts. als begründet zu erklären. Auch die vom Kläger für Lagergeld, Verladen vom Schiff, Zinsverlust u. s. w. in sieben einzelnen Posten geltend

gemachte Forderung von 1908 Fr. 65 Cts. erscheint als begründet. Denn es ist in der That mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß diese Posten auf die rechtswidrige Annahmeverweigerung des Beklagten zurückzuführen sind.

5. Die Widerklage des Beklagten könnte nach dem Vorausgeschickten jedenfalls nur insoweit gutgeheißen werden, als dem Beklagten ein Schaden durch die Säumniß des Klägers in Lieferung der am 21. November bestellten 5 Wagen entstanden ist. Allein auch in dieser Richtung erscheint die Widerklage ohne Weiteres als unbegründet. Denn die Vorinstanzen stellen thatsächlich fest, es sei nicht nachgewiesen, daß die Bezüge des Beklagten aus Antwerpen in irgendwelchem Zusammenhange mit der Nichtlieferung der fraglichen 5 Wagen stehen; es sei also die Existenz irgendwelchen Schadens nicht erwiesen. Diese Ausführung kann um so weniger angefochten werden, als die Bezüge des Beklagten aus Antwerpen zugestandenermaßen nicht russisches, sondern amerikanisches Petrol zum Gegenstande hatten, sich also auf eine andere (und zwar theurere) Waarensorte bezogen als diejenige, welche den Gegenstand des Vertrages zwischen den Parteien bildete. Angesichts der feststehenden Thatsache, daß die Preise des russischen Petroleums zur Zeit der Fälligkeit der Novemberlieferung gefallen waren, scheint die Nichtlieferung der 5 fraglichen Wagen für den Beklagten nicht nur nicht nachtheilig sondern vortheilhaft gewesen zu sein.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 30. September 1886 sein Bewenden.

---

14. Urtheil vom 15. Januar 1887 in Sachen Blessig, Braun & Cie. gegen Fierz.

A. Durch Urtheil vom 30. September 1886 hat das Bezirksgericht Schwyz erkannt:

1. Es sei Klägerschaft mit ihrem Rechtsbegehren abgewiesen.

2. Habe die Klägerin ihre Kosten an sich selbst zu tragen und der Beklagtschaft 32 Fr. 90 Cts. rechtliche und 20 Fr. außergerichtliche Kosten zu vergüten.

3. Für den Fall der Appellation ist die klägerische Kostennote auf 118 Fr. 5 Cts. normirt.

4. Die Frist für eine allfällige Weiterziehung dieses Urtheils beginnt mit der schriftlichen Zustellung desselben an die Klägerschaft.

B. Dieses Urtheil wurde von der Klägerin, im Einverständnisse mit der Gegenpartei, unter Umgehung der zweiten kantonalen Instanz, direkt an das Bundesgericht gezogen. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei unter Kostenfolge für die Beklagte gerichtlich zu erkennen, die in der Fabrik in Ibach befindlichen, von Herrn H. Hotz zur Verfügung der Klägerschaft gestellten 39 Ballen amerikanischer Baumwolle seien Eigenthum der Klägerschaft und die Pfandschatzung, welche Beklagtschaft den 28. Dezember 1885 auf diese 39 Ballen Baumwolle ausgewirkt habe, sei aufgehoben.

Der Anwalt der Beklagten dagegen trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheidung unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im März 1885 bestellte H. Hotz, Fabrikant in Wald, Kantons Zürich, welcher gleichzeitig Pächter der Baumwollspinnerei Ibach bei Schwyz war, durch Vermittlung des Agenten August Bertschinger in Zürich bei der Firma Blessig, Braun & Cie. in Liverpool 100 Ballen amerikanischer Baumwolle. Die Waare sollte im März oder April zur Verschiffung nach Bremen oder Antwerpen gelangen und dort bis zur Ablieferung an den Besteller (welche in Posten von je 50 Ballen circa Mitte und Ende Juni geschehen sollte) im Kontinentalhafen eingelagert werden. Lagerspesen, Feuerassekuranz 2c. waren vom Besteller zu tragen, die Fakturirung (mit Zinsberechnung zu 5 % bis zur Regulirung) hatte bei der Lieferung aus dem Kontinentalhafen zu geschehen. Nachdem die Waare in Antwerpen angelangt und dort auf Rechnung des Bestellers, aber auf den Namen des Versenders, eingelagert worden war, be-

auftragte H. Hotz am 5./6. Juni 1885 die Spediteure von Speyr & Cie. in Basel von derselben vorläufig die Hälfte „für ihn (zu) beziehen" und nach Schwyz zu instradiren. Einige Tage später, am 16. Juni 1885, dagegen schrieb H. Hotz dem August Bertschinger, da „er seine nächsten Dispositionen für seine Rohstoffversorgung zu ändern Veranlassung gefunden habe," so bitte er, die verabredeten Bezüge der Herren Blessig, Braun & Cie. in Liverpool noch einige Zeit hinauszuschieben und also auch deren Fakturirung. Hievon gab er gleichzeitig auch den Spediteuren von Speyr & Cie. Kenntniß. Am 17. Juni 1885 erwiderte Bertschinger, daß Blessig, Braun & Cie. dem geäußerten Wunsche ohne Zweifel entsprechen werden. Die vermuthlich schon unterwegs befindlichen 50 Ballen lasse er (Bertschinger) hieher (nach Zürich) dirigiren und im hiesigen Lagerhaus zur Verfügung von Blessig, Braun & Cie. auf Kosten des H. Hotz einlagern, bis letzterer deren Ablieferung wünsche; in gleichem Sinne schrieb Bertschinger auch an die Spediteure von Speyr & Cie. Nach einem Schreiben von Hotz an Bertschinger vom 18. Juni waren nun aber die 50 Ballen laut Bericht des Spediteurs bereits bis Schwyz vorgerückt. Hotz erklärte, er stelle daher diese Partie in den Magazinen der Spinnerei Schwyz zu Bertschingers Verfügung resp. zur Verfügung von Blessig, Braun & Cie., bis er zu deren Verwendung Veranlassung finde; gleichzeitig, am 18. Juni, telegraphirte Hotz auch an sein Etablissement in Schwyz, die 50 Ballen, wenn noch möglich, unberührt zu lassen. Von der mittlerweilen in Schwyz angelangten Waare waren indeß durch die dortigen Angestellten des H. Hotz 11 Ballen sofort nach Ankunft der Waare verwendet worden. Hotz theilte dies, nachdem er davon Kenntniß erhalten, am 19. Juni dem A. Bertschinger mit, indem er beifügte, daß also nur noch 39 Ballen zur Verfügung von Blessig, Braun & Cie. bleiben können; am gleichen Tage wies er seine Angestellten in Schwyz an, die übrigen 39 Ballen komplet zu erhalten, weil dieselben der Verfügung von Blessig, Braun & Cie. oder ihres Agenten in Zürich überlassen, resp. zurückgegeben seien. Er stellte auch die Transportpapiere an A. Bertschinger zurück, welcher von den

Mittheilungen des Hotz vom 18. und 19. durch Schreiben von letzterm Tage zu Handen von Blessig, Braun & Cie. Vormerk nahm. Am 23. Juni machte sodann A. Bertschinger der Firma Blessig, Braun & Cie. Mittheilung, daß H. Hotz angesichts der über ihn zirkulirenden Gerüchte es als Pflicht erachte, in diesem Augenblicke keine neuen Verbindlichkeiten einzugehen und sich daher veranlaßt sehe, die 50 resp. 39 Ballen Baumwolle in seiner Spinnerei in Schwyz zur Verfügung von Blessig, Braun & Cie. zu halten, bis die fatalen Gerüchte verschwunden und die Gefahr von Verlegenheiten, die ihm daraus entstehen könnten, beseitigt sei. Anfangs Juli brach über H. Hotz sowohl in Wald als in Schwyz der Konkurs aus. In demselben vindizirten Blessig, Braun & Cie. die noch vorhandenen 39 Ballen Baumwolle als ihr Eigenthum, während dagegen die Firma Heinrich Fierz in Zürich als erstberechtigter Pfandgläubiger verlangte, daß dieselben ihr zugeschätzt werden. Das Fakt. A erwähnte Urtheil des Bezirksgerichtes Schwyz beruht im Wesentlichen auf den Erwägungen: H. Hotz habe an den streitigen 50 resp. 39 Ballen Baumwolle, welche er fest gekauft habe, nachdem dieselben von Antwerpen abgegangen und in Schwyz angelangt und in seinen Besitz gelangt seien, das Eigenthum erworben. Dadurch, daß Hotz dieselben, übrigens nicht unbedingt sondern nur in verklausulirter Weise, Blessig, Braun & Cie. zur Verfügung gestellt habe, seien Eigenthum und Besitz nicht an diese zurückübertragen worden. Denn Hotz habe sich seines Anspruches auf die Waare nicht unbedingt entäußert und auch den Gewahrsam an derselben nie aufgegeben. Uebrigens ergebe sich aus der ganzen Aktenlage, daß durch die Dispositionsstellung lediglich beabsichtigt worden sei, den Verkäufer vor Schaden zu schützen und die Waare andern Gläubigern des Hotz zu entziehen, beziehungsweise letztere zu schädigen. Eine Dispositionsstellung mit derartiger Tendenz müsse gemäß Art. 202 des Obligationenrechtes Dritten gegenüber als unwirksam erklärt werden. Zudem liege ein Beweis dafür, daß Blessig, Braun & Cie. sich vor dem Ausbruche des Konkurses über Hotz mit der Dispositionsstellung der Waare einverstanden erklärt haben, nicht vor, da Bertschinger in der

ganzen Sache sich nur als „geschäftsvermittelnde Person ad referendum“ bethätigt habe.

2. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde insoweit unzweifelhaft kompetent, als es sich darum handelt, ob Besitz und Eigenthum an der streitigen Waare auf H. Hotz übergegangen seien. Denn der gesetzliche Streitwerth ist gegeben und die Parteien gehen darüber einig, daß die gedachte Frage nach eidgenössischem (und nicht etwa nach ausländischem) Rechte zu entscheiden sei. Dagegen ist für die weitere Frage, ob, wenn H. Hotz Eigenthum an der Waare wirklich erworben hatte, derselbe das Eigenthum gültig an Blessig, Braun & Cie. habe zurückübertragen können oder ob eine solche Rückveräußerung wegen Verkürzung der Gläubiger des H. Hotz anfechtbar sei, gemäß Art. 889 des Obligationenrechtes nicht nach eidgenössischem sondern nach kantonalem Rechte zu beurtheilen, so daß in dieser Richtung das Bundesgericht nicht kompetent ist.

3. Gemäß Art. 199 des Obligationenrechtes ist zum (vertraglichen) Eigenthumserwerbe an beweglichen Sachen Besitzübergabe erforderlich. Es ist nun jedenfalls zum Mindesten zweifelhaft, ob, falls der Käufer nicht bereits früher Besitz an der streitigen Waare erworben hatte, derselbe ihm, wie der Vorderrichter annimmt, durch die Annahme und theilweise Verwendung der Waare seitens des Angestellten seines Fabriketablissementes in Schwyz erworben wurde. Denn zum Besitzerwerbe ist, nach feststehendem Rechtsgrundsatz, nicht nur der Erwerb der faktischen Herrschaft über die Sache sondern auch der entsprechende Wille erforderlich; speziell zum Besitzerwerbe durch Stellvertreter ist nicht nur der Wille des Vertreters, für den Prinzipal zu erwerben, sondern auch der Besitzwille des letztern, welcher allerdings auch in einem allgemeinen Auftrage an den Stellvertreter geäußert werden kann, erforderlich. Nun ist im vorliegenden Falle unzweifelhaft, daß Hotz Besitz an der streitigen Waare zur Zeit ihres Anlangens in Schwyz nicht erwerben wollte; derselbe hatte ja gegenüber dem Agenten der Verkäufer seinen gegentheiligen Willen, daß die Tradition einstweilen nicht erfolgen solle, ausdrücklich erklärt. Bei dieser Sachlage ist, wie gesagt, mindestens zweifelhaft, ob durch die auf

einem Versehen beruhende Handlungsweise des Angestellten im Fabriketablissemente in Ibach Besitz für den Käufer erworben werden konnte und zwar selbst dann, wenn der betreffende Angestellte im Allgemeinen ermächtigt war, für den Fabrikherrn ohne weitern speziellen Auftrag Besitz an den nach Schwyz gelangenden bestellten Waaren zu ergreifen.

4. Allein es muß nun angenommen werden, daß H. Hotz bereits vor der Ankunft der Waare in Schwyz und vor seiner Erklärung, daß er die Waare einstweilen zur Disposition stelle, Eigenthum an derselben erworben hatte. Zunächst ist es offenbar unbegründet und bedarf angesichts der in Erwägung 1 relevirten Thatsachen einer weitern Widerlegung nicht, wenn die Klagepartei behauptet hat, es sei der Kauf über die streitige Waare überhaupt nicht perfekt geworden. Zum Eigenthumserwerbe durch den Käufer war also nur noch die Uebergabe des Besitzes erforderlich. Die Besitzübergabe ist nun freilich nicht, wie die beklagte Partei meint, durch die Einlagerung der Waare im Kontinentalhafen von Antwerpen geschehen; denn wenn diese auch auf Rechnung des Käufers geschah, so erlangte letzterer doch dadurch die faktische Herrschaft über die Sache in keiner Weise, sondern es verblieb die Verfügungsgewalt dem Verkäufer, auf dessen Namen die Waare eingelagert wurde. Dagegen ist dem Käufer Besitz und Eigenthum dadurch erworben worden, daß die streitige Waare (mit dem Willen des Verkäufers) dem Spediteur des Käufers, von Speyr & Cie., ausgehändigt und von demselben für den Käufer in Empfang genommen wurde. Es ist auf dieses Moment von der Beklagten zwar nicht speziell abgestellt worden; es darf dasselbe aber doch, da die Beklagte im allgemeinen Besitzübergang an den Käufer behauptet und auf die betreffenden Aktenstücke Bezug genommen hat, vom Richter berücksichtigt werden. Nun ist zwar im Allgemeinen die Zwischenperson für den Transport (Frachtführer oder Spediteur), selbst wenn sie dem Versender vom Adressaten bezeichnet worden ist, nicht ohne weiters als Stellvertreter des letztern im Besitzerwerbe zu betrachten (s. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes, Band I S. 633). Allein im vorliegenden Falle ist nach Inhalt des Schreibens des Käufers vom

6. Juni 1886 anzunehmen, daß der Spediteur allerdings den Auftrag hatte, die Waare für den Käufer in Antwerpen entgegenzunehmen; derselbe war, soviel aus den Akten ersichtlich, ausschließlich vom Käufer beauftragt und daher auch rechtlich der Verfügung desselben unterworfen, so daß die Disposition über die rollende Waare dem Käufer zustand.

5. Ist somit davon auszugehen, daß dem Käufer Hotz Eigenthum der streitigen Waare erworben wurde, so muß, nach dem in Erwägung 2 Bemerkten, die vorinstanzliche Entscheidung einfach bestätigt werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Bezirksgerichtes Schwyz vom 30. September 1886 sein Bewenden.

---

15. Urtheil vom 29. Januar 1887 in Sachen Goßweiler und Genossen gegen Bär.

A. Durch Urtheil vom 9. Oktober 1886 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Rekurs ist begründet; es wird daher die von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung der Aktiven der frühern Firma Goßweiler & Cie. aufgehoben.

2. Die Staatsgebühr ist für die Rekursinstanz auf 60 Fr. festgesetzt; die übrigen Kosten betragen:

19 Fr. 20 Cts. Schreibgebühr;
5 „ 30 „ Stempel;
— „ 55 „ Porto.

3. Die Kosten sind den Rekursgegnern auferlegt.

4. Dieselben haben die Rekurrentin für beide Instanzen mit 40 Fr. zu entschädigen.

5. U. s. w.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen Eugen Karl Goßweiler, Karl Küchler, S. Utz und G. Körner die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Vor Eröffnung der Verhandlung in der Hauptsache beantragt heute der Anwalt der gegenwärtigen Rekursbeklagten Frau Bertha Bär, es sei auf die Beschwerde wegen mangelnden Streitwerthes nicht einzutreten.

Der Vertreter der Rekurrenten beantragt Abweisung dieser Einrede. In der Hauptsache trägt der Letztere darauf an, es sei der Rekurs gutzuheißen, sonach der Rekursalentscheid der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes aufzuheben, die erstinstanzliche Entscheidung des Konkursrichters von Zürich wieder herzustellen und demnach im Konkurse des Arnold Bär die Aktiven der frühern Firma Goßweiler & Cie. auszuscheiden und daraus die Ansprecher, resp. Gläubiger der ehemaligen Firma Goßweiler & Cie. allein und unter Ausschluß der Privatgläubiger des Kridaren zu befriedigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Er erklärt ausdrücklich, daß er den vom Advokaten Dr. Ernst, Namens des Eugen Karl Goßweiler in seiner schriftlichen Rekurserklärung datirt den 23. November 1886 gestellten besondern Antrag fallen lasse.

Der Anwalt der Frau Bertha Bär trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des zweitinstanzlichen Entscheides unter Kosten- und Entschädigungsfolge an, eventuell erklärt er diejenigen Anträge wieder aufnehmen zu wollen, welche auf Seite 5 des Verhandlungsprotokolles des Konkursrichters von Zürich verzeichnet seien.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 5. Oktober 1885 wurde unter der Firma Goßweiler & Cie., Fournirhandlung Zürich, eine Kollektivgesellschaft, bestehend aus Eugen Karl Goßweiler in Zürich und Arnold Bär-Lämmlin, ebenfalls in Zürich, begründet. Schon am 7. Dezember 1885 löste sich diese Gesellschaft wieder auf und zwar in der Weise, daß Arnold Bär, welcher das Geschäft unter der Firma Arnold Bär als Einzelkaufmann fortführte, vertragsmäßig die Aktiven und Passiven derselben übernahm, wobei er sich dem Eugen Karl Goßweiler gegenüber

verpflichtete, demselben „sichere Garantie“ zu geben, daß die bisherigen Verpflichtungen der Firma von ihm pünktlich erfüllt werden. Die Auflösung der Gesellschaft Goßweiler & Cie., sowie die neue Firma Arnold Bär wurden am 8. Dezember 1885 ins Handelsregister eingetragen und dies im Handelsamtsblatt veröffentlicht, mit dem Bemerken, daß letztere Firma Aktiven und Passiven der aufgelösten Gesellschaft übernehme. Am 8. Februar 1886 erklärte Arnold Bär seine Insolvenz. In dem über denselben eröffneten Konkurse erhoben die Rekurrenten als Gläubiger der ehemaligen Gesellschaft Goßweiler & Cie. den Anspruch, daß die von dieser Gesellschaft herstammenden Aktiven (Waarenvorräthe) ausgeschieden und daraus die Gläubiger der genannten Gesellschaft separatim und unter Ausschluß der Privatgläubiger des Arnold Bär befriedigt werden. Gegen die demgemäß von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung erhob die Ehefrau des Arnold Bär, welche eine Weibergutsansprache von 38,062 Fr. geltend machte, Einsprache. Durch die Fakt. A erwähnte Entscheidung der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich wurde, in Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich, die von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung aufgehoben.

2. Die von der Rekursbeklagten erhobene Einwendung, daß der gesetzliche Streitwerth nicht gegeben sei, ist unbegründet. Es ist nicht bestritten, daß die Forderungen der rekurrirenden Gläubiger den Betrag von 3000 Fr. übersteigen, dagegen ist geltend gemacht worden, es sei nicht erwiesen, daß der Werth derjenigen Aktiven, deren Aussonderung behufs ihrer separaten Befriedigung die Rekurrenten verlangen, 3000 Fr. übersteige. Der Werth dieser Aktiven ist nun allerdings für den Streitwerth maßgebend. Allein nach dem gesammten Inhalte der Akten darf doch ohne Weiteres angenommen werden, daß dieser Werth den Betrag von 3000 Fr. erheblich übersteige. Es genügt hiefür auf die in dem Akkomodementsvorschlage des Kridaren Bär vom 27. März 1886 aus dem amtlichen Konkursprotokolle mitgetheilten Angaben über den Werth der vorhandenen Waarenvorräthe und insbesondere auf die den Streit-

werth betreffende Notiz des Konkursrichters zu Pendenz IV des bei den Akten befindlichen „Pendenzenverzeichnisses im Konkurse des Arnold Bär" zu verweisen. Auch im Uebrigen sind die Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz gegeben, denn der angefochtene Entscheid qualifizirt sich als Haupturtheil und die Sache ist, insoweit es sich um die Frage handelt, ob die Gesellschaft Goßweiler & Cie. als fortbestehend zu behandeln sei, zweifellos nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen

3. Fraglich kann dagegen erscheinen, ob nicht das Bundesgericht die materielle Prüfung der Sache deßhalb ablehnen müsse, weil der Vorderrichter die Ansprache der Rekurrenten schon aus prozeßualen Gründen (weil nicht in Form eines Vindikationsbegehrens gestellt) zurückgewiesen habe. Allein es ist doch nicht klar, daß der Vorderrichter diesen Grund für sich allein als durchschlagend erachtet habe, denn derselbe ist ja, trotz der als ungesetzlich bezeichneten Form des Begehrens, auf materielle Prüfung desselben eingetreten.

4. Nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann nun kein Zweifel darüber obwalten, daß bei Abschluß des Vertrages vom 7. Dezember 1885 der Wille der Kontrahenten dahin ging, die Gesellschaft Goßweiler & Cie. sofort gänzlich aufzulösen und Aktiven und Passiven derselben dem einen der bisherigen Gesellschafter A. Bär zu alleinigem Eigenthum zu übertragen und daß nicht etwa eine Liquidation der Gesellschaft durch A. Bär als Liquidator beabsichtigt war; dies folgt, wie der Vorderrichter zutreffend ausführt, aus dem Inhalte des Vertrages vom 7. Dezember 1885 und dem Handelsregistereintrage zu vollster Evidenz. Es kann sich daher nur fragen, ob eine solche Art der Auflösung einer Kollektivgesellschaft und der Auseinandersetzung der Rechte der Gesellschafter am Vermögen derselben gesetzlich statthaft sei. Die Rekurrenten verneinen dies und behaupten, es sei für Kollektivgesellschaften eine Liquidation mit Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gemäß Art. 580 u. ff. des Obligationenrechtes obligatorisch; so lange die Liquidation nicht durchgeführt sei, müsse die Gesellschaft als fortexistirend behandelt werden und haben daher die Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf separate Befriedigung

aus den Aktiven derselben. Dies ist aber gewiß unrichtig. Die Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Liquidation sind nicht zwingender Natur; sie schließen eine anderweitige vertragsmäßige Ordnung der Auseinandersetzung zwischen den Mitgliedern einer aufgelösten Kollektivgesellschaft, insbesondere eine Auseinandersetzung mit Ausschluß jeder Theilung durch Uebertragung des Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen der Theilhaber oder an einen Dritten, keineswegs aus. Die Liquidation ist nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben, welche ja auf dieselbe gar nicht antragen können und welchen eine Einwirkung auf die Bestellung und Geschäftsführung der Liquidatoren gesetzlich nicht zugestanden ist; sie ist vielmehr lediglich der, in Ermanglung anderweitiger Willenseinigung Platz greifende, Modus der Auseinandersetzung zwischen den Theilhabern. Dies folgt nicht nur, wie der Vorderrichter ausgeführt hat, aus dem allgemeinen Handelsgebrauch, nach welchem die Uebertragung des Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen Dritten oder an einen der Theilhaber stets als statthaft errachtet worden sei, sondern ergiebt sich auch aufs Unzweideutigste aus ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes, insbesondere aus Art. 577, Absatz 2 und 587, Absatz 2 des Obligationenrechtes, welche die Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter als zuläßig erklären, resp. voraussetzen. Diese Ansicht ist denn auch in Doktrin und Praxis des deutschen Handelsrechtes weitaus überwiegend anerkannt (vergleiche Puchelt, Kommentar, ad § 133; v. Hahn, Kommentar 3. Auflage, I, S. 506 und ff. und insbesondere Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, Band XXIV, S. 144 und ff. und Band XXV, S. 276 und ff.) Daraus folgt denn aber, daß die Gläubiger einer aufgelösten Kollektivgesellschaft, deren Aktiven und Passiven vertragsmäßig an einen der Gesellschafter übergegangen sind, im Konkurse dieses Letztern Ausscheidung der von der aufgelösten Gesellschaft herstammenden Aktiven und ausschließliche Befriedigung aus denselben nicht verlangen können. Daß die Uebertragung des Geschäftes an einen Gesellschafter unter Umständen zu widerrechtlicher Verkürzung der Gesellschaftsgläubiger mißbraucht werden kann, ist

freilich (trotz der selbstverständlich fortdauernden Solidarhaft der sämmtlichen Gesellschafter) richtig. Im Konkurse des Geschäftsübernehmers als Einzelkaufmann nämlich konkurriren ja auch dessen sonstige (Privat-) Gläubiger und es kann daher die Folge eintreten und beabsichtigt sein, daß letztere, insbesondere die Ehefrau mit einer privilegirten Frauengutsansprache, den Gesellschaftsgläubigern die Aktiven ganz oder großentheils vorwegnehmen, während eine Belangung der übrigen Gesellschafter wegen Insolvenz derselben einen Erfolg nicht verspricht, wonach dann die Gesellschaftsgläubiger, welche im Vertrauen darauf kreditirt haben, daß im Gesellschaftskonkurse Privatforderungen nicht konkurriren, leer ausgehen. Allein gegen derartige Machinationen ist den Gesellschaftsgläubigern vom Gesetze kein besonderes Sicherungsmittel gewährt, sie sind vielmehr auf die allgemeinen, gegen Gefährdung und Verkürzung der Gläubigerrechte überhaupt gegebenen, Schutzmittel, insbesondere auf die paullianische Klage, verwiesen, welche denn auch bei zweckmäßiger Gestaltung und Handhabung derselben völlig ausreichen dürften. Die paullianische Klage ist denn auch im vorliegenden Falle wirklich angehoben, aber vom Vorderrichter verworfen worden, und zwar deßhalb, weil dieselbe blos den Gläubigern eines im Konkurse befindlichen Schuldners zustehe, die Firma Goßweiler & Cie. aber gar nicht mehr bestehe, daher auch nicht mehr in Konkurs gerathen könne, Goßweiler selbst aber noch aufrecht stehe. Ob nun diese Ausführung zutreffe und ob im Uebrigen die Voraussetzungen der actio Paulliana gegeben wären, muß dahin gestellt bleiben, denn in dieser Richtung ist das Bundesgericht gemäß Art. 29 des Obligationenrechtes nicht kompetent, da gemäß Art. 889 des Obligationenrechtes hiefür kantonales, nicht eidgenössiches Recht maßgebend ist.

5. Wenn heute der Anwalt der Rekurrenten noch geltend gemacht hat, der eine der Rekurrenten, Eugen Karl Goßweiler, könne sich auf Art. 399, Absatz 2 des Obligationenrechtes berufen, da ihm aus dem Vertrage vom 7. Dezember 1885 ein Recht darauf zustehe, daß Bär die Gesellschaftsgläubiger befriedige, so ist diese Ausführung offenbar nicht richtig. Es kann ja gewiß durchaus keine Rede davon sein, daß Bär

durch den Vertrag vom 7. Dezember 1885 die Gesellschaftsaktiven, wie Art. 399, Absatz 2 dies voraussetzt, als Mandatar und auf Rechnung des Goßweiler erworben habe.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Rekurrenten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 9. Oktober 1886 sein Bewenden.

---

16. Urtheil vom 5. Februar 1887 in Sachen Lüthi gegen Rutishauser.

A. Durch Urtheil vom 28. Dezember 1886 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfragen:

„1. Hat sich der 2. Appellant der Ehrverletzung des 1. Ap„pellanten durch Pasquill schuldig gemacht?

„2. Ist die Forderungsansprache des 1. Appellanten im Be„trage von 5000 Fr. rechtlich begründet?" erkannt:

1. Sei in Bejahung der ersten Rechtsfrage der 2. Appellant zu einer Geldbuße von 200 Fr., eventuell zu 40 Tagen Gefängniß verurtheilt.

2. Sei in theilweiser Bejahung der zweiten Rechtsfrage der 2. Appellant verpflichtet, den 1. Appellanten mit 800 Fr. zu entschädigen.

3. Zahlen die Litiganten gemeinsam zu gleichen Theilen ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 50 Fr. und seien die Appellationskosten wettgeschlagen.

B. Gegen dieses Urtheil erklärten beide Parteien, soweit es den Civilpunkt anbelangt, die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Der klägerische Anwalt meldete durch schriftliche Eingabe vom 16. Januar 1887 folgende Anträge an:

1. Es sei die obgenannte Forderungsansprache des Dr. Lüthi

nicht blos gestützt auf Art. 55 sondern auch gestützt auf Art. 50 und 51 des schweizerischen Obligationenrechtes begründet zu erklären und demgemäß im eingeklagten, eventuell jedenfalls in einem den Betrag von 800 Fr. erheblich übersteigenden, Umfange zu schützen.

2. Eventuell sei, sofern die Forderungsansprache nur nach Art. 55. des schweizerischen Obligationenrechtes begründet wäre, dieselbe dennoch im eingeklagten, eventuell jedenfalls in einem den Betrag von 800 Fr. erheblich übersteigenden Umfange zu schützen, unter Kostenfolge.

Dagegen meldete der Vertreter des Beklagten mit Eingabe vom 15. Januar 1887 die Anträge an: Es wolle das Bundesgericht:

1. Die Entschädigungsforderung des Klägers aus beiden Gesichtspunkten, auf welche dieselbe fundirt wird, abweisen und nur eventuell

2. dieselbe aus dem Gesichtspunkte des § 55 des Obligationenrechtes in ganz minimem Betrage gutheißen;

3. meinem Klienten die ergangenen Kosten in demjenigen Verhältnisse, wie sie ihm gebühren, zusprechen.

C. Bei der heutigen Verhandlung ist, trotz geschehener gehöriger Ladung, keine Partei erschienen. Dagegen hat der Kläger zur Begründung seiner Anträge unterm 1. Februar abhin ein schriftliches Rekursmemorial eingesandt, welches aber vom Präsidenten des Bundesgerichtes den Akten nicht einverleibt wurde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da nach Art. 30 O.-G. die Verhandlung in der bundesgerichtlichen Instanz eine mündliche ist, und nur die Anträge schriftlich eingereicht werden dürfen, so kann auf das vom Kläger eingereichte Rekursmemorial keine Rücksicht genommen werden; dasselbe war vielmehr, wie geschehen, von den Akten auszuschließen.

2. In thatsächlicher Beziehung hat die Vorinstanz Folgendes festgestellt: Der Kläger (praktischer Arzt in Bürglen) hatte in den Jahren 1877—1880, insbesondere Ende 1877 und Anfangs 1878, den Sohn Arnold des Beklagten ärztlich behandelt. Nachdem im November 1883 dieser Sohn gestorben war, ließ der

Beklagte demselben am 31. Juli 1886 auf dem Friedhofe zu Bürglen einen Grabstein setzen mit der Inschrift: „Ruhestätte „für Arnold Rutishauser. Unrichtige Mittel haben Dir Ende „1877 und Anfangs 1878 das Grab geöffnet. Nach langjäh„rigen Qualen hast Du die ewige Ruhe gefunden. Friede Deiner „Asche." Schon früher (seit 1881) hatte der Beklagte ausgestreut, der Kläger habe seine (des Beklagten) Familie „verderbt", hatte auch gegen den Kläger gefährliche Drohungen ausgestoßen und war dieser Thatsachen wegen wiederholt gerichtlich bestraft worden; es war im fernern am Weihnachtsabend 1883, in Folge anzüglicher Redensarten des Beklagten, zwischen den Parteien zu Thätlichkeiten gekommen, was eine strafrechtliche Untersuchung zur Folge gehabt hatte. In Folge dieser Vorgänge war, wie die Vorinstanz feststellt, das Publikum von Bürglen und Umgebung nicht im Zweifel, daß durch die gedachte Grabschrift dem Kläger vorgeworfen werden wolle, er habe durch die von ihm angewendeten Arzneimittel den Tod des Arnold Rutishauser verschuldet. Nachdem der Kläger rechtliche Schritte eingeleitet hatte, beseitigte der Beklagte am 10. August 1886 die Inschrift. Der Kläger verlangte indeß nichtsdestoweniger Bestrafung des Beklagten wegen Ehrverletzung durch Pasquill und Verurtheilung desselben zu einer Entschädigung von 5000 Fr., letzteres gestützt auf Art. 50, 51 und 55 O.-R.

3. Der Beklagte stellt der Klage in erster Linie die Einwendung entgegen, es sei unzuläßig, gestützt auf ein und dasselbe Faktum neben einer Ehrverletzungsklage noch eine Entschädigungsklage zuzulassen. Dies ist vollständig unbegründet. Es ist ja klar, daß aus ein und derselben Handlung Civil- und Strafansprüche entstehen können. Nach Art. 50 u. ff. O.-R. entspringt aus jeder widerrechtlichen schuldhaften Handlung, also auch aus Injurie, ein Anspruch auf Schadenersatz (sofern eben ein Schaden wirklich entstanden ist.) Inwieweit daneben auch ein Strafanspruch entsteht, ist nach den Bestimmungen des, bekanntlich im Wesentlichen kantonaler Regelung anheimgegebenen, Strafrechts zu beurtheilen. Wenn die erwähnte Einwendung den Sinn haben sollte, es sei die

Verfolgung von Civil- und Strafanspruch in einem und demselben Verfahren, also der Adhäsionsprozeß, nicht statthaft, so entzieht sich dieselbe nach Art. 29 O.-G. der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Denn alsdann handelt es sich ausschließlich um eine Frage der Anwendung des kantonalen Prozeßrechtes.

4. Daß in dem Anbringen der fraglichen Grabschrift eine widerrechtliche, schuldhafte Handlung des Beklagten liegt, ist nach dem vorinstanzlichen Thatbestande nicht zu bezweifeln. Nach demselben ist als festgestellt zu erachten, daß der Beklagte durch die Aufstellung der Grabschrift ohne allen objektiven Grund und in der Absicht, den Kläger zu kränken und zu schädigen, die Anschuldigung verbreiten wollte und verbreitet hat, daß der Kläger durch verkehrte ärztliche Behandlung den Tod des Sohnes Arnold Rutishauser verschuldet habe. Hierin ist aber unzweifelhaft ein widerrechtlicher Angriff auf Ehre und guten Ruf des Klägers (speziell in seiner Stellung als Arzt) zu erblicken; daß die Grabschrift den Kläger nicht geradezu nennt, ist völlig gleichgültig, da dasjenige Publikum, auf welches die Anschuldigung zunächst berechnet war, darüber nicht im Zweifel sein konnte, wer gemeint sei.

5. Sofern daher dem Kläger ein vermögensrechtlicher Schaden erwachsen ist, muß ihm derselbe gemäß Art. 50 O.-R. ohne Zweifel vergütet werden. Nun nimmt die Vorinstanz an, es sei ein solcher vermögensrechtlicher Schaden allerdings entstanden, allein blos in geringem und nicht näher nachgewiesenem Betrage. Diese Auslegung des erstinstanzlichen Urtheils ergibt sich unzweideutig aus dem Zusammenhange der Entscheidungsgründe. Allerdings ist in denselben bemerkt, es liege kein „Nachweis" „irgendwelcher materieller Schädigung" des Klägers vor, und wird weiterhin gesagt, es sei nicht bewiesen, daß das Publikum den verläumderischen Angaben des Beklagten Glauben geschenkt habe. Allein dies hat doch, da ausdrücklich erklärt wird, die dem Kläger zugesprochenen 800 Fr. werden unter „beiden Titeln", d. h. sowohl für erlittenen Vermögensschaden als für ideelle Nachtheile gesprochen, nur den Sinn, daß nicht ein Vermögensschaden von erheblichem Betrage vorliege und daß die Existenz eines solchen Schadens nicht

durch besondere Beweisführung, etwa durch Nachweis einer Abnahme der ärztlichen Praxis des Klägers, dargethan sei; dagegen nimmt offenbar die Vorinstanz nichtsdestoweniger die Existenz eines, wenn auch geringen, Vermögensschadens nach freiem richterlichem Ermessen in Würdigung aller Umstände und auf Grund der im Urtheil in Bezug genommenen Erfahrungsregel, daß von Verläumdungen doch regelmäßig „Etwas hängen bleibe", als festgestellt an. Der erste Rekursantrag des Klägers ist daher, insoweit er prinzipiell Gutheißung der Klage auch gestützt auf Art. 50 und 51 O.-R. verlangt, gegenstandslos. Der Antrag des Beklagten auf grundsätzliche Abweisung der Klage dagegen ist unbegründet. Denn darin, daß das Gericht über das Vorhandensein eines vermögensrechtlichen Schadens nach freiem Ermessen entschieden hat, liegt eine Verletzung einer Norm des eidgenössischen Privatrechtes jedenfalls nicht.

6. Die Vorinstanz hat aber im Weitern angenommen, die klägerische Forderung sei auch, und zwar vorwiegend, nach Maßgabe des Art. 55 O.-R. begründet. Auch hierin ist ihr beizutreten. Nach Art. 55 O.-R. kann demjenigen, der durch eine unerlaubte Handlung in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden ist, auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens, eine angemessene Geldsumme zuerkannt werden. Diese Bestimmung ist zweifellos nicht nur dann anwendbar, wenn ein vermögensrechtlicher Schaden gar nicht eingetreten ist, sondern dieselbe kann auch dann angewendet werden, wenn ein Vermögensschaden eingetreten und zu ersetzen ist, sofern nur neben der ökonomischen Schädigung auch noch eine ernstliche Verletzung persönlicher Verhältnisse erfolgte. Dies ist aber hier der Fall. Die Grabschrift zieh den Kläger — und zwar ohne allen Grund — in indirekter Weise der Fahrläßigkeit und Unwissenheit in seinem ärztlichen Berufe; sie verkündete dies öffentlich und die boshafte Anschuldigung mußte gerade durch die außergewöhnliche und frivole Form ihrer Aeußerung in den Lebenskreisen der Parteien die weiteste Verbreitung finden und das größte Aufsehen erregen. Dadurch mußte der Kläger als gewissenhafter Arzt innerlich aufs Tiefste gekränkt, und es mußten, wenn auch das

Vertrauen seiner Mitbürger zu ihm nicht ernstlich erschüttert wurde, doch seine äußern, sozialen und beruflichen, Beziehungen vorübergehend gestört werden. Es ist in der That klar, daß die persönliche Stellung des Klägers durch das Umlaufen der Nachricht von der ihn anklagenden Grabschrift, durch die Glossen und den Spott, die sich daran wohl unvermeidlich knüpften, zeitweise ungünstig beeinflußt werden mußte. Bei dieser Sachlage ist der Thatbestand des Art. 55 O.-R. unzweifelhaft gegeben.

7. Was das Quantitativ der dem Kläger zuzusprechenden Entschädigung anbelangt, so ist die erstinstanzliche Entscheidung einfach zu bestätigen. Die Festsetzung des Quantitativs der Entschädigung ist nach Art. 51 und 55 O.-R. dem freien richterlichen Ermessen anheimgegeben. Daß nun die Vorinstanz, indem sie in Anwendung dieses freien richterlichen Ermessens die Entschädigung auf 800 Fr. festsetzte, rechtsirrthümlich verfahren sei, ist nicht ersichtlich. Es ist nicht zu ersehen, daß dieselbe solche Momente, welche für das Ausmaß der Entschädigung nach Sinn und Geist des Gesetzes maßgebend sein sollen, nicht oder unrichtig gewürdigt habe. Es liegt daher, da das Bundesgericht nur die richtige Anwendung des Gesetzes, nicht dagegen die thatsächliche Würdigung des Sachverhalts durch die kantonalen Gerichte zu überprüfen hat, kein Grund zu Abänderung des Appellationsurtheils in dieser Beziehung vor.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung beider Parteien wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 28. Dezember 1886 sein Bewenden.

17. Urtheil vom 18. Februar 1887 in Sachen Schütz gegen Allenspach.

A. Durch Urtheil vom 27. Dezember 1886 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfrage: „Ist die „Forderung des ersten Appellanten an die zweite Appellantin „im Betrage von 9152 Fr. 50 Cts. nebst Zins vom 6. Sep„tember 1886 an rechtlich begründet?" erkannt:

1. Sei die Rechtsfrage verneinend entschieden.

2. Zahlen die Parteien gemeinschaftlich zu gleichen Theilen ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 40 Fr. und habe die zweite Appellantin beim ersten Appellanten 120 Fr. an Prozeßkosten zu erheben.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt:

a. Es sei die Klage nöthigenfalls nach vorausgegangener Abnahme der angetragenen Beweise (Zeugen, Ergänzungs- und eventuell Schiedshandgelübde) für die unsererseits angerufenen Indizien prinzipiell zu schützen und über das Quantitativ der einzelnen Rechnungsposten der Entscheid der Vorinstanzen zu veranlassen.

b. Sei Beklagte zu Bezahlung der sämmtlichen bisherigen und der bundesgerichtlichen Kosten zu verhalten und sei die Kostenregulirung bezüglich der quantitativen Seite des Rechtsstreites den die Beurtheilung vornehmenden Unterinstanzen zu überlassen.

Die Beklagte und Rekursbeklagte ist trotz geschehener gehöriger Ladung nicht erschienen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger F. Schütz in Altnau belangte die Beklagte Wittwe Elisabeth Allenspach auf Bezahlung von 9152 Fr. 50 Cts. nebst Zins vom 6. September 1886 an aus einer angeblich von ihr (solidarisch mit zwei Mitbürgen) für den Käser Arnold Klaus von Wangen eingegangenen Bürgschaft. Nach

der Darstellung des Klägers hat die Beklagte den betreffenden Bürgschein vom 9. Mai 1885 zwar nicht selbst unterzeichnet, wohl aber die Ehefrau ihrs Sohnes (welche ebenfalls den Namen Elisabeth führt) (mündlich) beauftragt, dies in ihrem Namen zu thun und es habe hierauf die Schwiegertochter den Schein in Gegenwart der Beklagten und des Klägers mit dem Namen Elisabeth Allenspach unterzeichnet. Die Beklagte bestritt, ihrer Schwiegertochter den behaupteten Auftrag gegeben zu haben und führte überdem aus, es hätte in der dargelegten Art eine Bürgschaft nicht gültig eingegangen werden können, da auch der Auftrag zu Eingehung einer Bürgschaft in schriftlicher Form ertheilt werden müsse. Die erste Instanz (Bezirksgericht Kreuzlingen) erkannte auf Beweis für den vom Kläger behaupteten Auftrag, von der Anschauung ausgehend, daß, wenn auch allerdings für die Bürgschaft selbst die Schriftform gefordet sei, dies doch (gemäß Art. 36 und 392 O.-R.) nicht für den Auftrag zu Eingehung einer Bürgschaft gelte, dieser vielmehr auch mündlich ertheilt werden könne; sie legte der Beklagten das Schiedshandgelübde dafür auf, es sei nicht wahr, daß sie der Schwiegertochter Elisabeth Allenspach den Auftrag gegeben habe, für sie den Bürgschein vom 9. Mai 1885 zu unterzeichnen. Gegen diese Entscheidung appellirten beide Parteien an das Obergericht des Kantons Thurgau. Der Kläger verlangte, daß seine Forderung ohne Weiteres geschützt, eventuell daß die von ihm angerufenen Indizien zum Beweise verstellt werden und ihm noch das Ergänzungshandgelübde auferlegt werde; die Beklagte dagegen trug auf sofortige Abweisung der Klage an. Die zweite Instanz hat in ihrem Fakt. A erwähnten Urtheile gemäß dem letztern Antrage erkannt und zwar aus folgenden Gründen: Es möge dahingestellt bleiben, ob, wenn ein mündlicher Auftrag zu Eingehung einer Bürgschaft genügen würde, eine Bürgschaft dadurch gültig zu Stande kommen könnte, daß der Vertreter nur den Namen des Vertretenen, ohne einen die Vertretung andeutenden Zusatz, unter die Bürgschaftsurkunde setze. Nach der Auffassung des Obergerichtes nämlich sei zu Eingehung einer Bürgschaft ein schriftlicher Auftrag unbedingt erforderlich. Aus Art. 491 des O.-R. sei zu folgern, daß derjenige,

welcher sich verbürge, diesen seinen Willen schriftlich dokumentiren müsse. Dies könne nur dadurch geschehen, daß er entweder die Bürgschaftsurkunde selbst unterzeichne, oder aber schriftlich Jemanden zur Unterzeichnung derselben bevollmächtige. Unterstützt werde diese Ansicht durch Art. 12 und 13 O.-R., insbesondere folge aus letzterer Gesetzesbestimmung, daß auch im Falle der Schreibunfähigkeit eines Kontrahenten die eigene Unterzeichnung nicht durch den Auftrag an einen Dritten ersetzt werden könne. Richtig sei allerdings, daß im Allgemeinen für das Mandat die schriftliche Form nicht vorgeschrieben sei, allein im speziellen Falle des Mandates für eine Bürgschaft sei durch die Vorschrift der Schriftlichkeit für dieses Rechtsinstitut eine Schranke gezogen, welche in der Natur der Sache liege; derjenige, welcher sich verbürgen wolle, müsse dies schriftlich beurkunden.

2. Das Bundesgericht hat in erster Linie die Erheblichkeit der klägerischen Behauptungen zu prüfen, d. h. es hat vorerst zu untersuchen, ob, die Richtigkeit der klägerischen Sachdarstellung vorausgesetzt, die Klage prinzipiell gutgeheißen werden müßte. Wäre dies zu bejahen, so müßte zweifelsohne die Sache zur Beweisaufnahme und weitern Verhandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden; ist es dagegen zu verneinen, so ist selbstverständlich in Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheidung die Klage sofort abzuweisen.

3. Nach der Sachdarstellung des Klägers handelt es sich nicht um einen Vertragsabschluß durch Stellvertreter. Es ist nach derselben offenbar nicht anzunehmen, daß die Schwiegertochter Allenspach ihrerseits als Vertreterin und mit Vollmacht der Beklagten den Bürgschaftsvertrag mit dem Kläger abgeschlossen habe. Vielmehr ist nach den Vorbringen des Klägers davon auszugehen, die Beklagte habe den behaupteten Bürgschaftsvertrag selbst abgeschlossen und sich nur bei Unterzeichnung desselben, zum Zwecke der Beisetzung ihrer (der Beklagten) Unterschrift, der mechanischen Dienste ihrer Schwiegertochter bedient, indem sie ihre Unterschrift nicht selbst schrieb, sondern durch ihre Schwiegertochter schreiben ließ.

4. Fragt sich nun, ob in dieser Weise die Bürgschaft gültig

eingegangen werden konnte, so ist dies zu verneinen. Nach Art. 491 O.-R. bedarf die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform. Zur schriftlichen Vertragsform gehört nach Art. 12 O.-R. die Unterschrift aller Personen, die durch den Vertrag verpflichtet werden sollen; kann eine Person nicht unterschreiben, so muß nach Art. 13 O.-R. die Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen oder durch eine öffentliche Beurkundung ersetzt werden. Aus diesen Gesetzesbestimmungen muß gefolgert werden, daß eine Person, welche einen der Schriftform bedürftigen Vertrag selbst abschließt, (nicht etwa durch einen Stellvertreter abschließen läßt) entweder persönlich unterzeichnen oder ihre Unterschrift in der in Art. 13 O.-R. vorgeschriebenen Weise ersetzen lassen muß, nicht dagegen berechtigt ist, ihre Unterschrift, durch einen Dritten schreiben zu lassen. Andernfalls, wenn man die Unterzeichnung durch einen dritten Beauftragten zuließe, wäre die doch unzweifelhaft imperative Vorschrift des Art. 13 O.-R. ohne Werth und praktische Bedeutung. Es entspricht auch diese Lösung der Bedeutung des gesetzlichen Erfordernisses der Unterschrift, wonach zu derselben eine eigene Thätigkeit desjenigen gehört, der dadurch eine Willenserklärung abgiebt. (Siehe Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 5. Auflage I, S. 190 u. ff.)

5. Wie es sich im Falle der Eingehung einer Bürgschaft durch einen (gewillkürten oder gesetzlichen) Stellvertreter verhielte, bedarf, nach dem Ausgeführten, im vorliegenden Falle der Entscheidung nicht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 27. Dezember 1886 sein Bewenden.

VI. Rechnungswesen der Eisenbahnen.
Comptabilité des Compagnies de chemins de fer.

18. Urtheil vom 25. Februar 1887 in Sachen Bundesrath gegen Vereinigte Schweizerbahnen.

A. Die politische Gemeinde Buchs überließ der Gesellschaft der Vereinigten Schweizerbahnen unentgeltlich ein gewisses Grundareal, welches für Erweiterung des Bahnhofes Buchs und Erstellung von Lagerräumlichkeiten verwendet wurde. Die Gesellschaft berechnete den Werth dieses Grund und Bodens auf 43,356 Fr. 50 Cts. und hat mit dieser Summe den Baukonto belastet, in der Art, daß zur Ausgleichung der dadurch bewirkten Vermehrung der Aktiven in der Bilanz pro 1885 ein gleicher Betrag unter dem Titel „Subventionen" den Passiven zugefügt wurde. Mit Schlußnahme vom 25. Mai 1886 eröffnete der schweizerische Bundesrath der Direktion der Vereinigten Schweizerbahnen, daß die Streichung der 43,356 Fr. 50 Cts. aus den Aktiven und Passiven der Bilanz verlangt werden müsse, weil nicht anerkannt werden könne, daß eine Schenkung, welche der Gesellschaft mit dem bestimmten Zweck der Verwendung zu Bahnanlagen gemacht worden sei, „Kosten" begründe, welche im Sinne von Absatz 1 des Art. 3 des Bundesgesetzes über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften vom 21. Dezember 1883 der Bilanz beigefügt werden dürfen. Die Generalversammlung der Aktionäre der Vereinigten Schweizerbahnen beschloß indeß am 3. Juli 1886 auf den Antrag der Verwaltung, den fraglichen Posten von 43,356 Fr. 50 Cts. auf dem Baukonto zu belassen.

B. Mit Eingabe vom Juli 1886 stellte daher der schweizerische Bundesrath gemäß Art. 5 des E.-R.-G. beim Bundesgerichte den Antrag: „Es sei die Gesellschaft der Vereinigten Schweizerbahnen gehalten, diejenigen 43,356 Fr. 50 Cts. aus der Bilanz pro 1885 zu entfernen, welche als Werth des von

der Gemeinde Buchs zum Zwecke der Erweiterung des dortigen Bahnhofes geschenkten Grund und Bodens dem in den Aktiven stehenden Baukonto zugefügt und in den Passiven unter dem Titel „Subventionen" eingestellt sind," indem er sich zu Begründung dieses Antrages auf die Motivirung seiner Schlußnahme vom 25. Mai 1886 berief.

C. In ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde führt die Gesellschaft der Vereinigten Schweizerbahnen im Wesentlichen aus:

1. Es sei unbestritten, daß der Bauwerth der Station Buchs durch die Zuwendung des fraglichen Bodenkomplexes einen entsprechenden Werthzuwachs erhalten habe. Die Zuschreibung des Letztern zu den Aktiven des Geschäfts drücke also nichts als die Wahrheit aus und sei demnach, gewäß der ersten Regel jeder richtigen Bilanzstellung, vollständig gerechtfertigt. Selbstverständlich habe aber diesem Aktivposten (Wertherhöhung) als Gegenposten die Quelle, aus welcher er geschaffen worden sei („Subvention" der Gemeinde Buchs) gegenübergestellt werden müssen.

2. Die Behauptung des Bundesrathes, daß eine Werthvermehrung durch Schenkung nicht zu den Aktiven des Geschäftes gerechnet werden dürfe, weil Art. 3 E.-R.-G. nur von Kosten spreche, sei unrichtig. Art. 3 bezwecke lediglich, eine der Wahrheit entsprechende Vermögensdarstellung zu sichern, und dadurch der Vertheilung fiktiver Gewinne vorzubeugen. Für die Bilanzirung als formalen rechnerischen Akt seien alle eine Vermögensvermehrung bildenden Verwendungen zu den Kosten einer Baute zu rechnen, gleichviel, ob der bezügliche Kostenaufwand aus allfälligen Donationen Dritter oder aus den Kapitalien oder Betriebseinnahmen der Gesellschaft bestritten worden sei.

3. Eine andere Frage sei, ob im Falle eines Rückkaufes der Bund der Gesellschaft geschenktes Land auch zu vergüten hätte. Diese Frage werde aber durch die Formirung der Bilanz als eine innere Angelegenheit der Gesellschaft und mit Rücksicht auf Art. 3 der Uebergangsbestimmungen zum E.R.-G. nicht berührt. Die Bilanzbemängelung des Eisenbahndepartementes ermangle somit jeder materiellen und praktischen Unterlage.

Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht wolle der vom Bundesrathe erhobenen Beschwerde keine Folge geben.

D. Replikando macht der Bundesrath geltend: er sei damit einverstanden, daß mit dem Entscheide des vorliegenden Streites für die Frage des allfälligen Rückkaufes der Vereinigten Schweizerbahnen durch den Bund Nichts präjudizirt werde; es handle sich einzig und allein um Vollziehung des Eisenbahnrechnungsgesetzes. Richtig sei, daß der Werth des von der Gemeinde Buchs abgetretenen Areals dem Bauwerthe der Station Buchs zu Gute gekommen sei. Allein in die Baukostenrechnung dürfe dieser Werth nicht gestellt werden, wenn der Baukonto bei der Wahrheit bleiben solle; denn es entspreche derselbe ja gar keiner Ausgabe der Gesellschaft. Aus der Einstellung des Werthes der Schenkung in die Aktiven der Bilanz würde eigentlich konsequenterweise folgen, daß der Aktivsaldo der Gewinn- und Verlustrechnung sich um den gleichen Betrag vermehren würde und die Vermehrung als Dividende den Aktionären ausbezahlt werden könnte. Dies würde nun allerdings durchaus gegen die Absichten des Schenkgebers verstoßen und könnte auch vom Bundesrathe nicht zugelassen werden. Die Gesellschaft sehe dies denn auch selbst ein und habe daher dem fraglichen Aktivposten einen ebenso großen Passivposten unter dem Titel „Subventionen" entgegengestellt. Diese Passivpost sei aber eine rechtliche Unmöglichkeit, eine Fiktion, welche der Bundesrath nicht dulden könne, da derselben eine Schuld der Gesellschaft nicht entspreche. Anläßlich einer spätern Rechnungsstellung könnte die Gesellschaft diese Passivpost einfach streichen und so nachträglich die Vertheilung des Geschenkes in Form von Dividenden herbeiführen. Dieser Eventualität müsse von vornherein vorgebeugt werden. Daß das vom Bundesrathe verlangte Verfahren den Regeln einer richtigen Buchführung nicht entspreche, werde bestritten. Selbst wenn es sich um eine Schenkung an ein Privatgeschäft handelte, wäre die Einstellung des Werthes der Schenkung in die Aktiven der Bilanz zum Mindesten eine Selbsttäuschung, denn es handle sich hier offenbar nur um eine Zuwendung zum Ersatze für unproduktive Auslagen. Für die Eisenbahngesellschaften sei dieselbe schon nach dem Wortlaute des

Eisenbahnrechnungsgesetzes unzuläßig, da Letzteres nur die Einstellung effektiver Auslagen unter die Aktiven der Bilanz zulasse. Es seien denn auch bisher Subventionen, d. h. Leistungen, welche ohne Anspruch auf Dividende oder Rückzahlung gemacht wurden, noch gar nie den eigenen Ausgaben der Bahngesellschaft zugezählt oder in die Passiven der Bilanz eingetragen worden. Wo ein solcher Vortrag sich finde, handle es sich stets um solche Subventionen, welche Anspruch auf Dividende oder spätere Rückzahlung geben.

E. In ihrer Duplik bestreitet die Gesellschaft der Vereinigten Schweizerbahnen, unter Anführung einer Reihe von Beispielen, die letztere Behauptung des Bundesrathes und macht, indem sie durchweg an den Ausführungen ihrer Vernehmlassung festhält, namentlich noch geltend: Es sei nicht richtig, daß das Eisenbahnrechnungsgesetz seinem Wortlaute nach die Verrechnung auf Baukonto nur bezüglich wirklicher Ausgaben der Bahngesellschaft gestatte. Allerdings habe Art. 1 des bundesräthlichen Entwurfes (Art. 2 des Gesetzes) gelautet: „Auf dem Baukonto dürfen nur solche Beträge verrechnet werden, welche.... wirklich verausgabt worden sind.“ Diese Fassung sei aber von den eidgenössischen Räthen verworfen und durch die andere ersetzt worden „alle Kosten, welche..... verwendet worden sind.“ Nach dieser Textirung dürfen auf dem Baukonto alle auf den Bau verwendeten Kosten verrechnet werden, gleichviel aus welcher Quelle (ob aus dem Aktienkapital ꝛc. oder aus Schenkungen Dritter) die Verwendung geflossen sei. In casu handle es sich nun allerdings zunächst nicht um die Anwendung des Art. 2 des Gesetzes sondern um diejenige des Art. 3; allein auch in diesem Artikel sei der Ausdruck Kosten im gleichen allgemeinen Sinne wie in Art. 2 zu verstehen. Die Einwendung, daß der dem streitigen Aktivposten gegenübergestellte Gegenposten „Subventionen“ ein fiktiver sei, da eine Gesellschaft sich selber nichts schuldig sein könne, sei vom Standpunkte der Buchhaltung aus zu trivial als daß sie einer Erwiderung bedürfte. Mit dem gleichen Rechte könnte man die Aufführung des Aktienkapitals unter den Passiven bestreiten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist nicht bestritten, daß die Kosten für die Erweiterung des Bahnhofes und die Erstellung von Lagerhäusern in Buchs an sich unter Art. 3, Absatz 1 des E.-R.-G. fallen und daher den Aktiven der Bilanz beigefügt werden dürfen; streitig ist einzig, ob nicht der Werth des von der Gemeinde Buchs der Gesellschaft für diese Bauten abgetretenen Terrains deßhalb aus der Bilanz zu entfernen sei, weil die Abtretung eine unentgeltliche war und daher die Gesellschaft für diesen Erwerb keine Kosten aus eigenen Mitteln aufzuwenden hatte. Die Gesellschaft erkennt im Weitern selbst an, daß, sofern der Werth des geschenkten Terrains unter die Aktiven der Bilanz eingestellt werde, auch ein Passivposten von gleichem Betrage aufzunehmen sei und zwar gewiß mit Recht. Denn andernfalls würde ja der Aktivsaldo des Gewinn- und Verlustkontos um den Betrag der Schenkung erhöht und würde daher dieser Betrag in Form der Dividende zur Vertheilung an die Aktionäre gelangen. Dies wäre aber durchaus unstatthaft, weil es unzweifelhaft gegen die Absicht des Gebers einer derartigen, zur Herstellung einer Bahnanlage bestimmten, Subvention verstoßen würde, dieselbe, resp. deren Werth als Reingewinn an die Aktionäre zu vertheilen. Da die Parteien ferner auch darüber einig gehen, daß die Entscheidung des vorliegenden Streites der Feststellung des Rückkaufswerthes der Bahn in keiner Weise präjudiziren könne, so hat die vorliegende Streitigkeit irgendwelche materielle Bedeutung nicht, sondern handelt es sich blos um einen Streit über die Form der Bilanz. Denn sachlich ist es ja nach dem Angeführten gewiß vollkommen gleichgültig, ob der streitige Betrag aus der Bilanz gänzlich entfernt oder gleichzeitig in die Aktiven und Passiven derselben eingestellt wird.

2. Im Allgemeinen ist nun in der Doktrin bestritten, wie in der Bilanz von Aktiengesellschaften derartige Subventionen à fonds perdu zu behandeln seien; es ist sowohl die Meinung, daß der Baukonto um den Betrag der Subventionen zu vermindern, diese also in die Bilanz gar nicht einzustellen seien, als auch die andere Ansicht vertreten, daß eine solche Verminderung des Baukontos nicht stattzufinden habe, die Subventionen

dagegen gleichzeitig als Passivum weiterzuführen seien (Siehe einerseits Veit Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 192, andererseits Ring, Kommentar zur deutschen Aktiennovelle). Ebenso scheint auch die Praxis der Gesellschaften eine verschiedene zu sein. Ueberwiegende Gründe sprechen indeß wohl für die ersterwähnte Meinung, insbesondere im Anwendungsgebiete des Eisenbahnrechnungsgesetzes. Dieses Gesetz geht davon aus, daß unter den Aktiven der Bilanz einer Eisenbahngesellschaft die Bahn und das Betriebsmaterial höchstens zu derjenigen Summe eingesetzt werden dürfen, welche sie der Eigenthümerin (nicht welche sie überhaupt) gekostet haben; dies folgt insbesondere aus der Anordnung des Art. 2, Absatz 2 des Gesetzes betreffend den Bilanzwerth solcher Bahnen, die von einer andern Gesellschaft um eine geringere Summe als der bisherige Bilanzwerth (welcher in der Regel mit dem Herstellungswerthe identisch sein wird) erworben worden sind. Von diesem Standpunkte aus erscheint es denn gewiß als korrekter, die Subventionen à fonds perdu vom Baukonto abzuziehen, resp. aus den Aktiven der Bilanz zu entfernen, da eben die Bahnanlage der Eigenthümerin um den Betrag der Subventionen weniger gekostet hat. Hiefür spricht denn auch der im Gesetz (Art. 2 und Art. 3) gebrauchte Ausdruck „Kosten". Wenn ausgeführt worden ist, gerade der Umstand, daß letzterer Ausdruck im gegenwärtigen Art. 2 des Gesetzes an Stelle der im bundesräthlichen Entwurfe enthaltenen Worte „wirkliche Auslagen" gesetzt worden sei, spreche für die gegentheilige Auslegung, so erscheint dies nicht als richtig. „Kosten" und „Auslagen" sind wohl, in diesem Zusammenhange jedenfalls, durchaus identische Ausdrücke. Sodann ist nicht zu verkennen, daß die Aufführung der Subventionen à fonds perdu unter den Passiven (welche, sofern man die betreffenden Beträge nicht aus dem Baukonto entfernt, unbedingt erforderlich ist) auch vom allgemeinen Standpunkte aus nicht als angemessen erscheint. Solche Subventionen stellen keine Schuld der Gesellschaft dar, und es liegt auch sonst gar kein Grund vor, dieselben buchmäßig als Passivum zu behandeln, sofern dies nicht eben erst durch die Einstellung eines entsprechenden Aktivums nöthig ge-

macht wird. Daß bei der hier vertretenen Art der Bilanzaufstellung der Grundsatz der Wahrheit der Bilanz verletzt werde, ist nicht richtig; eine in der dargelegten Art aufgestellte Bilanz entspricht vielmehr vollkommen der Wirklichkeit, wobei man sich blos gegenwärtig erhalten muß, daß eben nach dem gesetzlichen Bewerthungsmaßstabe für Bahnanlage und Betriebsmaterial höchstens der Selbstkostenpreis des Eigenthümers in Rechnung gebracht werden darf. Endlich mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß die Verordnung des Bundesrathes über die Vorlage und die Form der Rechnungen und Bilanzen der Eisenbahngesellschaften vom 25. November 1884, — welche allerdings, sofern sie dem Gesetze nicht entspräche, für das Bundesgericht nicht verbindlich wäre — in dem in derselben — § 3 sub F — enthaltenen Bilanzformulare unter den Passiven Subventionen nur anführt, „soweit dieselben einen Anspruch auf Dividenden oder Rückzahlung haben." Daraus ist gewiß arg. e contrario zu folgen, daß andere Subventionen, (Subventionen à fonds perdu) wie die hier in Frage stehende, nicht in die Passiven und daher die entsprechenden Beträge auch nicht in die Aktiven der Bilanz gehören. Allerdings sind im nämlichen Formular unter den „Aktiven" sub 1 „Noch nicht einbezahlte Kapitalien" eigenthümlicherweise auch aufgezählt „d Subventionen" ohne alle weitere Beschränkung. Allein dies kann hier, da es sich nicht um eine noch nicht einbezahlte Subvention handelt, jedenfalls nicht in Frage kommen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Dem Bundesrath ist das Begehren seiner Eingabe vom Juli 1886 zugesprochen und es ist daher die Gesellschaft der Vereinigten Schweizerbahnen gehalten, diejenigen 43,356 Fr. 50 Cts. aus der Bilanz pro 1885 zu entfernen, welche als Werth des von der Gemeinde Buchs zum Zwecke der Erweiterung des dortigen Bahnhofes geschenkten Grund und Bodens dem in den Aktiven stehenden Baukonto zugefügt und unter den Passiven unter dem Titel „Subventionen" eingestellt sind.

LAUSANNE. — IMP. GEORGES BRIDEL.

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN
ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice.

19. *Arrêt du 24 Juin 1887 dans la cause Collaud.*

Albert Collaud, à Bulle, avait intenté à l'agent d'affaires J.-C. Barras, à Bulle, quatre actions distinctes en paiement :

1°	d'un capital de	2000 fr.	par	citation en droit de	1885.
2°	»	28 000	»	»	du 4 septembre 1884.
3°	»	15 000	»	»	»
4°	»	4163	»	»	»

J.-C. Barras a opposé à ces actions une exception péremptoire, soit fin de non-recevoir tirée d'une transaction intervenue entre parties et autres personnes intéressées, le 30 Juillet 1875.

Le Tribunal de la Gruyère a admis cette exception péremptoire dans les quatre procès, par jugement du 14 Juillet 1885 relatif aux 2000 fr. et par jugement du 30 Mars 1886 concernant les trois autres sommes ci-haut mentionnées.

Le jugement du Tribunal de la Gruyère relatif aux 2000 fr. a été révoqué par arrêt de la Cour d'appel du 26 Octobre 1885.

Appel fut aussi interjeté par l'hoirie Collaud des trois autres jugements du même Tribunal portant sur les autres sommes réclamées de J.-C. Barras, et les parties ont été assignées devant le Tribunal cantonal au 2 Juillet 1886, pour entendre statuer sur le dit appel.

Le 30 Juin 1886, soit deux jours avant celui fixé pour l'audience, J.-C. Barras avisa par mémoire le Tribunal cantonal qu'il demandait, pour la tractation de l'exception péremptoire tirée de la transaction du 30 Juillet 1875, la récusation des juges cantonaux qui avaient fonctionné lors de l'arrêt rendu par la Cour d'appel le 26 Octobre 1885 dans le procès relatif aux 2000 fr.

Un Tribunal extraordinaire de neuf suppléants fut appelé, conformément aux dispositions légales sur la matière, pour statuer sur cette demande de récusation ; toutefois l'hoirie Collaud ayant, à l'audience du 8 Janvier 1887, demandé et obtenu la récusation de deux des prédits suppléants, le Tribunal extraordinaire s'est trouvé réduit à sept membres.

Dans son audience du 29 dit, le même Tribunal rejeta d'abord, en application de l'art. 47 C. P. C., une fin de non-recevoir opposée par l'hoirie Collaud à la demande de récusation, puis statuant au fond par le même jugement, le Tribunal extraordinaire a prononcé la récusation de tous les juges d'appel qui avaient fonctionné lors du jugement du 26 Octobre 1885 relatif aux 2000 fr.

Ce prononcé est motivé sur ce que, dans le dit jugement du 26 Octobre 1885, la Cour d'appel, sans y être obligée par la nature de la question à juger, avait manifesté à l'avance son opinion sur les trois autres questions litigieuses actuellement pendantes, de telle façon que la partie instante à la demande de récusation doive dors et déjà s'attendre à succomber si ces trois questions devaient être soumises au Tribunal. En effet, il suffisait à la Cour d'établir que la transaction du 30 Juillet 1875 n'avait pu avoir en vue l'action exercée par Collaud contre Barras en remboursement des 2000 fr.; en fixant, au contraire, d'une manière générale le sens et la portée de la dite transaction, la Cour d'appel a préjugé arbi-

trairement le sort des trois autres difficultés pendantes devant elle, et dans lesquelles J.-C. Barras oppose à l'hoirie Collaud la même exception tirée de la transaction du 30 Juillet 1875.

C'est contre cet arrêt que l'hoirie Collaud recourt au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise l'annuler pour violation des principes posés aux art. 5, 9, 12 et 64 de la constitution fribourgeoise, ainsi que des droits garantis par les art. 4, 5, 58 et 61 de la constitution fédérale.

Dans sa réponse, J.-C. Barras conclut au rejet du recours.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° L'hoirie recourante cherche en premier lieu à démontrer que c'est à tort que le Tribunal a rejeté l'exception de tardiveté opposée par elle à la demande de récusation, et a omis d'appliquer la disposition de l'art. 274 C. P. C., lequel veut que les questions relatives à la récusation du juge soient proposées d'entrée de cause et avant tout débat sur le fond, que cette disposition n'est point modifiée par l'art. 47 ibidem et que dès lors la demande de la partie Barras, laquelle avait déjà procédé au fond, devait être écartée.

A supposer même que cette allégation soit exacte, ce moyen ne soulève qu'une question d'interprétation d'une loi cantonale, à savoir si, aux termes de la procédure fribourgeoise, le fait qu'une partie a déposé son dossier au greffe de la Cour d'appel et l'a laissé circuler auprès des juges, doit être assimilé à un procédé au fond.

L'interprétation adoptée par le Tribunal extraordinaire ne pouvant en aucun cas être considérée comme contraire au texte des dispositions susvisées de la loi, ce moyen ne saurait être accueilli.

2° Le grief tiré d'une prétendue violation des art. 58 de la constitution fédérale et 5 de la constitution fribourgeoise est tout aussi peu fondé. Loin d'avoir été distraite de son juge naturel, la recourante n'a nullement contesté la compétence constitutionnelle du Tribunal des suppléants pour trancher la question de récusation qui lui était soumise ; elle a, au contraire, discuté longuement devant ce Tribunal les

motifs qui devaient faire écarter la dite récusation. En fait, d'ailleurs, un arrêt prononçant la récusation de la Cour d'appel n'implique nullement la distraction du recourant de son juge naturel, puisque cet arrêt ne peut avoir pour effet que de substituer le juge constitutionnel à un Tribunal reconnu incompétent dans l'espèce.

3° Il est également impossible de voir en quoi le jugement attaqué pourrait impliquer une atteinte aux art. 12 et 64 de la constitution cantonale, dont le premier consacre le principe de l'inviolabilité de la propriété, et le second détermine les attributions du Tribunal cantonal. De même les art. 5 et 61 de la constitution fédérale, statuant l'un que la Confédération garantit aux cantons la liberté et les droits du peuple, les droits constitutionnels des citoyens, ainsi que les droits et les attributions que le peuple a conférés aux autorités, et l'autre que les jugements civils rendus dans un canton sont exécutoires dans toute la Suisse, sont évidemment sans rapport aucun avec les griefs du recours, lequel ne contient d'ailleurs aucun argument ou développement à l'appui de la prétendue violation de ces dispositions.

4° En revanche, le moyen visant l'interprétation arbitraire donnée à l'art. 19, chiffre 3° de la loi sur l'organisation judiciaire cantonale apparaît comme justifié.

Cette disposition, interdisant à un fonctionnaire de l'ordre judiciaire de prendre part à une décision lorsqu'il a eu à s'en occuper antérieurement, soit comme juge, soit comme mandataire, conseil ou assistant, ne peut avoir pour but que d'empêcher un juge de fonctionner dans une cause où il a déjà déployé son activité dans l'exercice d'autres fonctions, soit personnelles, soit judiciaires, et non de paralyser son office par l'unique motif qu'il aurait dans un autre litige antérieur, analogue à celui pour lequel sa récusation est demandée, rendu une décision qui pourrait laisser prévoir le sort de cette dernière contestation.

Une telle interprétation, qui aurait pour effet de rendre impossible l'action du juge dans toutes les matières qui auraient fait précédemment l'objet d'une décision du corps dont

il faisait partie, et de l'empêcher d'appliquer la loi à des cas nouveaux dont les analogues auraient déjà été soumis à son jugement, est certainement incompatible avec le seul sens possible de l'art. 19, chiffre 3° précité. La circonstance que la Cour d'appel a statué le 26 Octobre 1885 en la cause relative à la réclamation de 2000 fr. susvisée, n'implique nullement que cette autorité ait, par ce seul fait, préjugé les trois procès analogues peut-être, mais absolument distincts, pendants devant elle entre les mêmes parties, et sur lesquels elle ne s'est nullement prononcée. A supposer même que la partie Barras puisse, en présence de cette première décision « s'attendre, — ainsi qu'elle s'exprime, — à succomber si ces trois procès devaient être soumis au même Tribunal, » cette considération serait en tout cas impuissante pour dépouiller le Tribunal cantonal, siégeant comme Cour d'appel, de l'exercice de ses attributions constitutionnelles à l'égard de contestations dont il est régulièrement nanti. En prononçant la récusation des juges de cette Cour par le motif indiqué, le Tribunal extraordinaire de suppléants s'est donc livré, contrairement au sens clair et impératif de la disposition précitée, à une interprétation arbitraire, susceptible d'entraver le cours régulier de l'administration de la justice dans le canton. Une pareille décision comporte dès lors un véritable déni de justice et ne saurait, ainsi que le Tribunal de céans l'a prononcé à diverses reprises, subsister en présence de l'art. 4 de la constitution fédérale.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis dans le sens du dernier considérant ci-dessus, et l'arrêt rendu le 29 janvier 1887 par le Tribunal cantonal fribourgeois, composé de suppléants, est déclaré nul et de nul effet.

II. Gleichheit vor dem Gesetze.
Egalité devant la loi.

20. Urtheil vom 4. Juni 1887 in Sachen Sutter.

A. Nach einer Verordnung des Kantonsrathes des Kantons Appenzell J.-Rh. vom 30. Januar 1880 bestanden blos für Einheimische Beschränkungen der Freiheit, an Sonn- und Feiertagen zu tanzen, während Fremde auf innerrhodischem Kantonsgebiet auch an Sonn- und Feiertagen beliebig tanzen durften. Am 26. Mai 1885 beschloß nun aber der große Rath des Kantons Appenzell J.-Rh.: „An Sonn- und Feiertagen ist das Tanzen durchweg (auch Fremden) verboten." Dieses Verbot bezog sich auch auf die altherkömmlichen „Alpstubeten". Auf eine Vorstellung der Bergwirthe hin beschloß indeß der große Rath am 1. Juni 1886: „Die Abhaltung der sog. Alpstubeten im Sinne der frühern Führungsweise auch in der Folge wiederum zu gestatten." Dagegen schritt derselbe über ein Gesuch verschiedener Gasthofbesitzer, Wirthe und Krämer, den „Gastwirthen das Tanzen von Fremden für die drei Nachheiligtage, sowie Neujahr (je Nachmittags) und für Schlittenpartien überhaupt" wie früher freizugeben, am 17. und 18. Januar 1887 zur Tagesordnung.

B. Hiegegen beschwert sich E. Sutter mit Eingabe vom 14. März 1887 beim Bundesgerichte; er behauptet, das Tanzverbot enthalte eine empfindliche Schädigung der Gastwirthe und Handelsleute im Thal und es werden die Thalwirthe gegenüber den Bergwirthen, denen das Tanzen an den Alpstubeten freigegeben sei, ungleich behandelt. Er gelange daher an das Bundesgericht mit dem „Wunsche, daß der Rechtsstandpunkt der „Thalwirthe nach dem Artikel der Gleichberechtigung unserer „schweizerischen Bundesverfassung geschützt werde und mit dem „Ersuchen, das Bundesgericht möchte unsere hohe Regierung zu

„besserer Konsequenz in Handhabung eidgenössisch gesetzlicher „Anordnungen beeinflussen."

C. Die Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. führt in ihrer Vernehmlassung auf diese Eingabe aus: Die Eingabe qualifizire sich gar nicht als staatsrechtliche Beschwerde, sondern als eine bloße Petition, mit welcher sich das Bundesgericht nicht zu befassen habe. Wollte man sie als Beschwerde gelten lassen, so wäre sie verspätet, weil der Rekurs gegen die Schlußnahmen des großen Rathes vom 26. Mai 1885 und 1. Juni 1886 binnen der gesetzlichen sechzigtägigen Rekursfrist hätte ergriffen werden sollen. Der Beschluß des großen Rathes vom 17. und 18. Januar 1887 nämlich sei offenbar nicht eine Verfügung einer kantonalen Behörde, gegen welche die Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen werden könnte. Die Beschwerde sei zudem auch materiell völlig unbegründet. Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze schließe die Berücksichtigung natürlicher Verschiedenheiten nicht aus; solche bestehen aber zwischen den Verhältnissen der Berg- und der Thalwirthe. Ein Grund zur Beschwerde läge nur dann vor, wenn man einzelnen Thalwirthen das Tanzenlassen gestatten würde, andern dagegen nicht; dies sei aber gar nicht der Fall. Es werde demnach auf Abweisung des Rekurses angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Eingabe des Rekurrenten enthält keine bestimmt formulirten Anträge; allein nach dem ganzen Inhalt derselben ist doch anzunehmen, der Rekurrent wolle die vom großen Rathe des Kantons Appenzell J.-Rh. am 26. Mai 1885 und 1. Juni 1886 aufgestellten Beschränkungen der Tanzfreiheit, sowie die Schlußnahme der nämlichen Behörde vom 17./18. Januar 1887, wodurch die Aufhebung dieser Beschränkungen verweigert wurde, als verfassungswidrig anfechten. Die Eingabe ist somit als staatsrechtlicher Rekurs im Sinne des Art. 59 O.-G. zu behandeln.

2. Dieselbe ist nun aber als solcher verspätet, weil sie nicht innert der sechzigtägigen Beschwerdefrist des Art. 59 O.-G., von Publikation der Erlasse vom 26. Mai 1885 und 1. Juni 1886 an gerechnet, eingereicht wurde. Der Schlußnahme vom

17./18. Januar 1887 nämlich kommt eine selbständige Bedeutung nicht zu. Dieselbe verordnet ja nichts neues, sondern hält nur einen bereits gefaßten Beschluß aufrecht.

3. Es mag übrigens beigefügt werden, daß der Rekurs auch materiell unbegründet ist. Weder die Bundes- noch die Kantonsverfassung statuiren ein Grundrecht des Bürgers, selbst zu tanzen oder Tanzvergnügungen bei sich abzuhalten. Die Gesetzgebung ist daher frei, in dieser Beziehung diejenigen Beschränkungen aufzustellen, welche landesväterlicher Fürsorge als angemessen erscheinen mögen. Wenn dieselbe von diesen Beschränkungen zu Gunsten gewisser althergebrachter Festlichkeiten (wie hier der sog. Alpstubeten) eine Ausnahme machen zu dürfen glaubt, so liegt hierin eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze gewiß nicht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

III. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

21. Urtheil vom 29. April 1887 in Sachen Röthlisberger.

A. S. Röthlisberger, Weinhändler, z. Z. in Nyon, Kantons Waadt, wurde von der Bezirkssteuerkommission des Amtsbezirkes Bern pro 1886 für ein Einkommen von 1000 Fr. zur Steuer eingeschätzt. Mit Eingabe datirt Bern 17. August 1886 an das Regierungsstatthalteramt von Bern zu Handen der Centraleinkommenssteuerkommission beschwerte er sich gegen diese Einschätzung, da er „faktisch pro 1886 gar kein Einkommen in Bern" habe und „ihm das hiesige Geschäft Tag für Tag am wachsenden Schaden liege." Die Finanzdirektion des Kantons Bern wies indeß diese Beschwerde ab.

B. Nunmehr beschwerte sich S. Röthlisberger im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte. In seiner Rekurs-

schrift führt er aus: Er habe in Bern gemeinsam mit einem gewissen Bertschi unter der Firma S. Röthlisberger & Cie. eine Weinhandlung betrieben; diese Firma habe sich aber am 28. Juli 1885 in Folge von Verlusten aufgelöst und der Rekurrent sei mit der Liquidation beauftragt worden. Den Sitz seiner Geschäftsthätigkeit als Liquidator habe er nach Nyon, seinem Wohnort, verlegt. Nichtsdestoweniger und trotz seines Anerbietens, durch seine Bücher zu beweisen, daß er resp. seine Gesellschaft keinen Gewinn mache, sondern gegentheils Verlust erleide, daß es sich nur noch um Liquidation des gesellschaftlichen Waarenbestandes handle und daß diese Operation von Nyon aus geleitet werde, da der Rekurrent oder seine Gesellschaft in Bern kein Bureau und keine Angestellten mehr besitze, haben ihn die bernischen Steuerbehörden auch für 1886 zur Einkommenssteuer herangezogen. Sie haben ihm dadurch ein fiktives Einkommen zugeschrieben, das er zudem jedenfalls nicht im Kanton Bern, sondern im Kanton Waadt, an seinem gesetzlichen Domizil, zu versteuern hätte. Gestützt auf Art. 49 B.-V. beantrage er demnach: Aufhebung des (ihm durch Schreiben des Amtsschaffners von Bern vom 21./27. Januar 1887 mitgetheilten) Entscheides der bernischen Finanzdirektion, eventuell Aufhebung dieses Entscheides in dem Sinne, daß der Rekurrent durch Urkunden, Bücher und Zeugen den Beweis zu erbringen habe, daß er in Bern kein Einkommen besitze.

C. Die Finanzdirektion des Kantons Bern führt in ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde aus: Der Rekurrent habe keinen Beweis dafür erbracht, daß er für das im Kanton Bern zur Steuer herangezogene Steuerobjekt, nämlich sein Berufseinkommen aus der im Kanton Bern betriebenen Weinhandlung, auch im Kanton Waadt besteuert werde; es mangle also an einer wesentlichen Voraussetzung einer bundeswidrigen Doppelbesteuerung. In That und Wahrheit liege auch eine Doppelbesteuerung nicht vor. Allerdings habe sich am 7. August 1885 die bisher bestandene Kollektivgesellschaft S. Röthltsberger & Cie., Weinhandlung in Bern, aufgelöst und sei in Liquidation (welche dem Theilhaber S. Röthlisberger übertragen worden sei) übergegangen. Durch den Uebergang einer Kollektiv-

gesellschaft in Liquidation aber werde schon nach civilrechtlichen Grundsätzen das bisherige Domizil derselben nicht aufgehoben. Nach steuerrechtlichen Grundsätzen dann vollends sei es gänzlich gerechtfertigt, daß die in Bern in Liquidation liegende Weinhandlung der Kollektivgesellschaft S. Röthlisberger & Cie. dort am Sitze des Geschäftes zur Steuer herangezogen werde, während allerdings der Rekurrent die Steuer von seinem Geschäftsbetriebe in Nyon an diesem Orte zu bezahlen habe. Der Rekurrent habe zudem die Steuerhoheit der bernischen Behörden durch seine Eingabe an das Regierungsstatthalteramt Bern vom 17. August 1886 selbst anerkannt, da diese Eingabe nur gegen das Maß, nicht gegen das Prinzip der Steueranlage gerichtet sei. Ob das Weinhandlungsgeschäft S. Röthlisberger & Cie. in Liquidation zu hoch veranlagt sei, habe das Bundesgericht nicht zu prüfen. Demnach werde beantragt: Es sei S. Röthlisberger mit seiner Beschwerde wegen Doppelbesteuerung abzuweisen.

D. Der Staatsrath des Kantons Waadt, welchem zur Vernehmlassung ebenfalls Gelegenheit gegeben wurde, bemerkt, daß er sich zu weitern Schritten nicht veranlaßt finde, da seine Steuerberechtigung nicht angefochten werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Zum Nachweise einer bundeswidrigen Doppelbesteuerung ist nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes nicht erforderlich, daß dargethan werde, daß vom gleichen Steuerobjekt in mehreren Kantonen gleichzeitig eine Steuer wirklich erhoben wird. Vielmehr ist eine bundesrechtlich unzulässige Doppelbesteuerung schon dann vorhanden, wenn ein Steuerobjekt in einem Kanton zur Steuer herangezogen wird, während dasselbe, nach bundesrechtlichen Grundsätzen, der Steuerhoheit eines andern Kantons untersteht.

2. Allein im vorliegenden Falle ist nun nicht dargethan, daß Rekurrent im Kanton Bern für ein Steuerobjekt zur Steuer herangezogen werde, welches bundesrechtlich der Steuerhoheit des Kantons Waadt unterworfen wäre. Der Rekurrent wird in Bern als Liquidator der dort domizilirt gewesenen Weinhandlung S. Röthlisberger & Cie. besteuert. Diese Handlung

aber untersteht gewiß, auch noch im Liquidationszustande, der Steuerhoheit des Kantons Bern, wo das Geschäft seinen Sitz hatte; denn dieser Sitz ist durch den Eintritt der Gesellschaft in Liquidation keineswegs ohne weiters aufgehoben worden. Daß aber die Liquidation der aufgelösten Gesellschaft gänzlich beendigt sei, die unverkauft gebliebenen Waarenvorräthe derselben vom Rekurrenten persönlich übernommen und nach dem Orte seines persönlichen Domizils, Nyon, verbracht worden seien u. s. w., hat der Rekurrent selbst nicht behauptet; es wird vielmehr festgehalten werden müssen, daß das Weinhandlungsgeschäft der aufgelösten Kollektivgesellschaft in Bern, wenn auch nur zum Zwecke der Liquidation, noch fortbetrieben wird und also dort der Steuer unterworfen ist. Ob sodann die bernischen Steuerbehörden den Erwerb dieses Geschäftes richtig taxirt haben, entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

22. *Arrêt du 14 Mai 1887 dans la cause hoirs Eynard.*

W. Féodor Eynard, né en 1837, et décédé à Genève le 20 Mars 1886, était ressortissant des cantons de Vaud et de Genève.

A partir de 1872 jusqu'en Octobre 1884, il était domicilié à Rolle, dans la villa de Fleur d'Eau, faisant partie de la campagne de Beaulieu, appartenant à sa mère; pendant ce temps, il a payé à Rolle les impôts et y a exercé ses droits politiques.

Dans le courant de Décembre 1884, F. Eynard fit transporter à Genève, où il avait loué un appartement dès Octobre précédent, le mobilier qui garnissait son appartement de Fleur d'Eau.

Il tomba malade à Genève et reçut, dès Avril à Août 1885, les soins du Dr Spiess.

Le 27 Août 1885, F. Eynard retourna à Rolle, et y resta jusqu'au 12 Novembre suivant, en visite chez sa mère à Beaulieu ; rentré à Genève à cette dernière date, il y demeura jusqu'à son décès, survenu le 20 Mars 1886.

F. Eynard a payé dans le canton de Vaud l'impôt mobilier pour 1885, et son fondé de pouvoirs, M. Duchosal, a également fait sa déclaration d'impôt dans le canton de Vaud pour 1886.

Le fisc des deux cantons de Vaud et de Genève ayant réclamé les droits sur la succession de F. Eynard, les hoirs Eynard ont soumis au Tribunal fédéral la question de savoir à qui ces droits doivent être payés ; en d'autres termes de décider la question où le défunt doit être considéré comme ayant eu son domicile au moment de son décès.

Dans leurs mémoires, les deux cantons de Vaud et de Genève s'attachent à prouver que ce domicile se trouvait, à cette époque, sur leur territoire respectif.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Le code civil genevois contient, en matière de changement de domicile, les dispositions suivantes :

« Art. 103. Le changement de domicile s'opérera par le » fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'in- » tention d'y fixer son principal établissement. »

« Art. 104. La preuve de l'intention résultera d'une dé- » claration expresse, faite, tant à la municipalité du lieu » qu'on quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré » son domicile. »

« Art. 105. A défaut de déclaration expresse, la preuve » de l'intention dépendra des circonstances. »

Les art. 27 et 28 du code civil vaudois sont identiques aux art. 103 et 104 ci-dessus, et l'art. 29 ajoute « qu'à défaut » de déclaration expresse, le nouveau domicile sera censé » établi par le fait du séjour et le transport du principal » établissement, depuis une année révolue. »

2° Il est évident que cette dernière disposition n'est pas applicable au canton de Genève, ni décisive en matière de rapports intercantonaux ; les questions à résoudre dans l'es-

pèce sont, ainsi que de nombreux arrêts du Tribunal fédéral l'ont décidé dans des cas analogues, uniquement celles de savoir si F. Eynard a eu l'intention de quitter son domicile de Rolle et de le transporter à Genève, et s'il a en effet donné suite à cette intention en transportant en fait son établissement principal à Genève.

3° F. Eynard n'a fait, à cet égard, aucune déclaration, ni à Rolle ni à Genève; en sa qualité de citoyen des deux cantons, il n'avait pas à solliciter de permis de séjour. Il n'a pas davantage retiré de Rolle ou déposé à Genève ses papiers de légitimation.

Cette circonstance n'est toutefois point décisive en la cause, l'intention de transférer son domicile pouvant résulter, et résultant en effet dans la plupart des cas, de ce qu'une personne abandonne en fait sa demeure précédente et la transporte dans un autre lieu, — à la condition, bien entendu, qu'il ne s'agisse pas seulement d'une absence temporaire ou momentanée.

A cet égard, il est constant dans l'espèce qu'antérieurement à 1884, F. Eynard passait chaque année à Genève quelques mois d'hiver ; il n'a toutefois pas été allégué qu'il y avait loué d'appartement jusqu'à cette date, ni qu'il y ait transporté son mobilier, tandis que vers la fin de la dite année, il a pris dans cette ville un logement à loyer et l'a garni avec les meubles qui se trouvaient jusqu'alors à Rolle, et qui n'y ont jamais été réintégrés. Il est également établi qu'à partir de la même date, F. Eynard n'a plus habité la villa Petit Fleur d'Eau, mais que c'est chez sa mère à Beaulieu qu'il est resté pendant le dernier séjour qu'il a fait à Rolle, d'Août à Novembre 1885, et, enfin, qu'il n'est plus revenu dans cette dernière commune jusqu'à sa mort.

4° Le transfert du domicile de F. Eynard à Genève résulte déjà de ce qui précède, à moins que des circonstances décisives ne militent en faveur du contraire. Tel n'est toutefois pas le cas : la circonstance que le défunt n'avait pas été inscrit sur les registres électoraux de Genève s'explique par le fait qu'il n'y avait pas fait de déclaration de changement de

domicile, et il n'est point allégué qu'il ait exercé ses droits électoraux à Rolle postérieurement à Octobre 1884. La circonstance que F. Eynard n'a pas été soumis à l'impôt mobilier à Genève jusqu'en 1886 s'explique par l'allégation, entièrement digne de foi, que les autorités genevoises ignoraient alors le fait du transfert de son domicile sur le territoire de ce canton.

5° Le canton de Genève ne réclamant d'ailleurs point l'impôt pour 1885, lequel a été perçu par le canton de Vaud, il n'y a point à rechercher où le défunt avait son domicile pendant la dite année, mais uniquement où ce domicile se trouvait au moment de son décès, soit le 20 Mars 1886.

Or il résulte des faits constatés ci-dessus que ce domicile était incontestablement Genève.

Il est sans importance, à cet égard, que le régisseur des biens de F. Eynard ait rempli au nom de celui-ci un formulaire vaudois d'impôt mobilier pour 1886 ; c'est en effet sans mandat que M. Duchosal a procédé à cet acte, et le dit impôt n'a point été payé.

Au surplus, l'intention positive du défunt de transférer son domicile à Genève ressort à l'évidence des déclarations, produites au dossier, de MM. Duchosal, Baumann, syndic de Rolle, et Georges Martinoni, au dit lieu, rapprochées des faits déjà signalés.

A cela s'ajoute que l'Etat de Vaud déclare lui-même que F. Eynard se trouvait au nombre des personnes résidant une partie de l'année à Genève, et une partie dans le canton de Vaud, et dont l'impôt mobilier est partagé entre les deux cantons au prorata du séjour du contribuable sur leur territoire respectif.

Or il paraît se justifier, encore à ce dernier point de vue, que l'impôt sur la succession du défunt soit perçu par le canton où celui-ci avait son domicile lors de son décès, alors qu'il ne possédait plus ni appartement, ni objets mobiliers quelconques sur le territoire de l'autre canton.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours des hoirs Eynard est admis en ce sens que le canton de Genève est seul autorisé à percevoir l'impôt sur la succession de feu W. Féodor Eynard, décédé à Genève le 20 Mars 1886.

IV. Gerichtsstand. — Du for.

Unzulässigkeit der geistlichen Gerichtsbarkeit.
Inadmissibilité de la juridiction ecclésiastique.

23. Urtheil vom 2. April 1887 in Sachen Stoppani und Genossen.

A. Am 1. September 1884 schloß der Bundesrath, in seinem eigenen Namen und im Namen des Kantons Tessin, mit dem Heiligen Stuhle ein (unterm 24. November gleichen Jahres ratifizirtes) Uebereinkommen ab, „zur Regelung der Kirchenverhältnisse der Pfarreien des Kantons Tessin," kraft dessen (Art. 1) „genannte Pfarreien kanonisch von den Bisthümern Mailand „und Como losgetrennt und unter die geistliche Administration „eines Prälaten, mit dem Titel eines apostolischen Administra„tors des Kantons Tessin, gestellt wurden," dessen Ernennung (Art. 2) „durch den Heiligen Stuhl" zu geschehen hatte. In letzterer Hinsicht bemerkt jedoch das bei Abschluß des Uebereinkommens errichtete Protokoll, daß „mit Bezug auf die Wahl „der zum Amte eines apostolischen Administrators von Tessin „zu berufenden Person der Bundesrath sich auf die Mittheilung „beruft, welche S. E. der Kardinal Jakobini den 20. Oktober „1883 an Herrn Ragazzi, Präsidenten des Staatsrathes des „Kantons Tessin, gerichtet hat." Der Art. 3 des erwähnten Uebereinkommens bestimmt schließlich, daß „falls der Titular „vor der endgültigen Organisation der Kirchenverhältnisse der „Pfarreien des Kantons Tessin mit Tod abgehen sollte, der „Bundesrath, der Kanton Tessin und der Heilige Stuhl sich

„über die Verlängerung des durch die Uebereinkunft aufgestellten „Provisoriums verständigen werden."

B. Unterm 21. März 1886 nahm das Volk des Kantons Tessin ein „Gesetz über die Freiheit der katholischen Kirche und die Verwaltung der Kirchengüter" an, das der tessinische große Rath am 28. Januar gleichen Jahres zu dem Behufe votirt hatte, „um die kantonale Gesetzgebung mit obigem Uebereinkommen in Einklang zu bringen." Gegen dieses Gesetz haben durch Eingabe vom 25./27. Mai 1886 die Herren L. von Stoppani, R. Simen und Advokat E. Bruni, im Namen des Comitato liberale cantonale ticinese, zugleich beim Bundesgerichte und beim Bundesrathe staatsrechtliche Rekursbeschwerde eingereicht, mit dem Begehren, es sei dasselbe, weil unter verschiedenen Gesichtspunkten mit der Bundesverfassung im Widerspruche sich befindend, aufzuheben. Die Gründe, worauf die Rekursbeschwerde gestützt wird, bestehen wesentlich in Folgendem:

1. Das angefochtene Gesetz verstoße gegen Art. 3 der Uebereinkunft vom 1. September 1884 und Art. 50 Absatz 4 B.-V., weil es ein neues Bisthum errichte.

2. Es führe (durch Art. 2, 3, 4, 781, 18, 19, 74, 28 und 36), dem Art. 58 B.-V. zuwider, die geistliche Gerichtsbarkeit wieder ein.

3. Es bezwecke eine Wiederherstellung der todten Hand und involvire eine Verletzung der Eigenthumsgarantie, indem es (durch Art. 5 und 6) die Kirchengüter den politischen Gemeinden entziehe, um dieselben den neu zu gründenden Pfarreien zuzuweisen.

4. Es verletze den Grundsatz der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49 B.-V.), weil es jeden aus dem Schoße der römisch-katholischen Kirche austretenden Bürger seines Rechtes auf das Miteigenthum der Kirchengüter beraube, sowie denjenigen des Art. 49 Absatz 6 ibidem, weil es sämmtliche Gemeinden, ohne Unterschied ob sie aus römisch Katholiken oder aus Angehörigen anderer Konfessionen bestehen, verpflichten wolle, zu den Pfarrkirchenkosten beizutragen.

5. Es verletze die Vorschrift des Art. 51 B.-V., indem es

(Art. 9) sämmtlichen zur katholischen Kirche gehörenden frommen Anstalten und Stiftungen die Handlungsfähigkeit gewähre.

6. Es thue den Rechten des Volkes und implicite auch der Bundesverfassung dadurch Eintrag, daß es den Gemeinden ihr wohlerworbenes Recht auf die Wahl der Pfarrer entziehe.

7. Es stelle zum Nachtheile der Gemeinden, in welchen Kapitel bestehen (Art. 7), hinsichtlich der Wahl der Pfarrer und der Pfarrgemeinderäthe, eine dem in Art. 4 B.-V. sanktionirten Grundsatze der Rechtsgleichheit zuwiderlaufende Ausnahme von der allgemeinen Regel auf.

8. Es verletze den Art. 43 B.-V. dadurch, daß es dem Staatsrathe die Befugniß einräumt, die Streitigkeiten betreffend Ausübung des Stimmrechtes in den Pfarrgemeindeversammlungen u. s. w. (Art. 28) von sich aus, letztinstanzlich, also mit Ausschluß des Rekursrechtes an den großen Rath, beziehungsweise an die Bundesbehörden, zu entscheiden.

9. Es führe die veralteten geistlichen Immunitäten wieder ein, indem es einerseits die Bestimmungen des Strafgesetzbuches betreffend die von Geistlichen verübten strafbaren Handlungen und andererseits das regierungsräthliche Placet aufhebe.

Die Rekurrenten berufen sich zuletzt noch ganz besonders auf die Art. 2 und 50 Absatz 2 B.-V. und erklären, sie wollen es vollkommen der freien Würdigung durch die Bundesbehörden überlassen, zu entscheiden, ob fragliches Gesetz in seiner Totalität, als mit unsern Einrichtungen, mit den Rechten der Bürger und mit den Staatprärogativen unvereinbar, aufzuheben sei, oder ob nur die einzelnen Bestimmungen desselben zu kassiren seien, die der Rekurs als verfassungswidrig ansicht, in welch letzterem Falle alsdann eine jede der angerufenen Behörden, Bundesrath und Bundesgericht, über diejenigen zu urtheilen haben werde, welche nach ihrem Dafürhalten in die Sphäre der eigenen Kompetenz gehören.

C. Dieser Rekursbeschwerde haben sich in der Folge durch sachbezügliche Erklärungen zu Handen des Bundesgerichtes angeschlossen die Munizipalräthe von 26 Gemeinden: Lugano, Semione, Pontetresa, Sentilino, Berzona, Parzallo, Biasca, Gresso, Arogno, Maroggia, Melano, Rovio, Brusino-Avizio,

Novarzano, Brissago, Moreote, Chiasso, Covagnago, Medeglia, Mergoscia, Mairengo, Someo, Bosco, Comologno, Biganello, Novaggio; 42 Bürger aus Loco, 135 aus Intragna und 113 aus Locarno, ferner die Vereine la Ticinese in St. Francisco, Guglielmo Tell in London, la Franscini in Paris.

D. In seiner Antwort vom 15. Oktober 1886 stellte Professor Dr. König in Bern, aus Auftrag der Tessiner Regierung, folgende Rechtsbegehren:

1. Das Bundesgericht könne auf den Rekurs nicht eintreten: a. weil die Rekurrenten zu demselben nicht legitimirt seien; b. weil der Rekurs selbst nicht gegen die Verfügung einer Kantonsbehörde gerichtet sei; c. weil derselbe nicht innert der gesetzlichen Frist von 60 Tagen eingereicht worden sei.

2. Eventuell es sei der Rekurs als unbegründet abzuweisen.

E. Unterm 8. letztverflossenen Januar reichte der Staatsrath des Kantons Tessin eine Protestation von 29 Bürgern aus der Gemeinde Bosco, im Maggiathal, ein, „zu Gunsten des angefochtenen Kirchengesetzes und gegen den vom dortigen Munizipalrathe erklärten Anschluß an die Beschwerde Stoppani und Genossen."

F. Die Bestimmungen des fraglichen Kirchengesetzes, gegen welches der Rekurs insbesondere gerichtet ist, lauten folgendermaßen:

Art. 1. Die tessinischen Pfarrgemeinden sind der Administration eines eigenen Ordinariates unterstellt.

Art. 2. Der Ordinarius (gegenwärtig apostolischer Administrator) übt eine geistliche Jurisdiktion im ganzen Gebiete des Kantons aus.

Art. 3. Derselbe genießt vollständige Freiheit bezüglich der Wahl seines Vikars und seines Kanzleipersonals, sowie hinsichtlich der Veröffentlichung seiner Hirtenbriefe und anderer, die Ausübung seines geistlichen Amtes beschlagender Aktenstücke.

Derselbe genießt ebenfalls volle Freiheit in Bezug auf die Anordnung öffentlicher Gebete und anderer frommer Werke, sowie in der Anordnung von Prozessionen, hinsichtlich der Regelung

der Begräbnisse von Katholiken und der Ordnung aller andern religiösen Funktionen.

Er ist ebenso vollkommen frei in Allem was Gründung, Einrichtung, Unterricht und Verwaltung des Seminars oder der Seminarien des Kantons betrifft; er kann deßhalb die Direktoren, Vorsteher und Professoren solcher Anstalten ernennen und entlassen.

Ihm steht die Wahl der Schulbücher für den katholischen Religionsunterricht und die der Katecheten zu, welche den letztern ertheilen sollen.

Ihm allein steht die Aufsicht über den Klerus in Allem zu, was auf die kirchlichen Angelegenheiten Bezug hat.

Ueberhaupt kann der Ordinarius mit seinem Klerus und Volke frei verkehren, wie diese mit ihm frei verkehren dürfen.

Art. 4. Kein Mitglied des Klerus kann in irgend einer, die Vollziehung oder Verweigerung von Handlungen seines geistlichen Amtes beschlagenden Angelegenheit oder in einem mit der gesetzlichen Freiheit der Ausübung des geistlichen Amtes zusammenhängenden Falle bei den bürgerlichen Behörden in Anklagezustand versetzt und von letztern abgeurtheilt werden. Es kann ihm auch von denselben keinerlei Strafe oder Buße, außer für gemeine Verbrechen, Vergehen oder Uebertretungen, auferlegt werden; die für alle Bürger geltenden bezüglichen Gewährleistungen und Vorschriften haben in jedem Falle auch für den Klerus Geltung.

Ist ein Geistlicher schuldig erkannt, so darf er keinen andern Strafen unterworfen werden als denen, die sich auf seine Eigenschaft als Bürger beziehen.

Jedes Mal, wenn ein Mitglied des Klerus verhaftet oder in Anklagezustand versetzt wird, ist der Ordinarius Seitens der kompetenten Behörde davon zu benachrichtigen, damit derselbe die Vorkehren geistlicher Natur, die von den Umständen erheischt werden, treffen könne.

Art. 5. Die gegenwärtig bestehenden Pfarreien und Unterpfarreien und diejenigen, die in Gemäßheit des vorliegenden Gesetzes allfällig noch gebildet werden sollten, werden als moralische Körperschaften erklärt.

Art. 6. Den Pfarrgemeinden gehören unter Vorbehalt der wohlerworbenen Rechte:

a. Die Güter des Pfrundeinkommens (congrua) und die Pfarr- und Unterpfarrkirchen.

b. Die zur Erhaltung und zum Dienste der Pfarr- und Unterpfarrkirchen bestimmten Güter der Kirchenaussteuer.

Art. 7. Die Berufung an eine Pfarr- und Unterpfarrpfründe geht in denjenigen Pfarrgemeinden, die keinen Kapiteln anvertraut sind, von der Kirchgemeinde aus und zwar entscheidet bei der Wahl die Mehrheit der Stimmen aller römisch-apostolisch-katholischen Bürger, welche die Pfarr- oder Unterpfarrgemeinde bilden, Stimmrecht haben und in der Versammlung anwesend sind.

§ 1. Kapitelspfründen sind nach Maßgabe der kirchlichen Gesetze und Vorschriften zu vergeben.

§ 2. Die Rechte der Patrone in den Patronatspfründen bleiben aufrecht.

§ 3. Kein Gewählter kann eine Pfarrei oder Unterpfarrei beziehen oder deren Leitung übernehmen, ohne vorher den Vorschriften der Kirchengesetze nachgekommen zu sein.

Art. 8. Dem Ordinarius steht das ausschließliche Recht zu, für vakant gewordene Seelsorgpfründen interimistisch und bis zur endgültigen Wahl der Titulare zu sorgen.

Die von ihm ernannten geistlichen Verweser beginnen sofort die Ausübung ihrer Funktionen; sie haben, falls sie an Ort und Stelle wohnen, Nutznießung an allem Pfrundeinkommen und zwar im Verhältniß zur Zeit während welcher sie das Amt versehen.

Kann der geistliche Verweser oder derjenige, welcher interimistisch die vakante Pfarrei oder Unterpfarrei zu besorgen delegirt ist, nicht an Ort und Stelle wohnen oder genießt er auf der neuen Pfründe schon ein anderes Pfrundeinkommen, dann ist er diesfalls berechtigt, von den Pfarrei- oder Unterpfarreieinkünften eine angemessene Entschädigung, welche der Ordinarius nach Anhörung des Kirchgemeinderathes bestimmt, zu beziehen.

Art. 9. Allen religiösen Institutionen und Stiftungen der katholischen Kirche wird innert den Schranken und unter den

Garantieen der bestehenden Gesetze rechtliche Handlungsfähigkeit zuerkannt.

Art. 10. Alle Kirchen, Bethäuser, kirchlichen Orte und Güter sind der Aufsicht des Ordinarius unterstellt. Handelt es sich um Güter, die zu öffentlichem Gebrauche bestimmt sind, dann ist ohne Zustimmung der geistlichen Obrigkeit jede Beseitigung, Veräußerung, Umtauschung derselben unzuläßig; solche Güter dürfen ohne die Zustimmung der geistlichen Obrigkeit auch zu keinem andern Gebrauche verwendet werden. Es gilt dies auch vom Ertrage derselben.

Art. 18. In die Befugniß der Kirchgemeinde fallen:

a. die Wahl des Pfarrers oder Vicepfarrers;

b. die Wahl des Kirchenrathes, unter Berücksichtigung der Vorschriften des Art. 13;

c. die Veräußerung oder Umtauschung der den Pfarr- oder Unterpfarrkirchen zugehörigen unbeweglichen Güter;

d. die Entscheidungen darüber, ob ein Prozeß anzuheben oder zu führen sei, ob Schulden oder andere Verpflichtungen mit oder ohne Hypothek auf Rechnung der Pfarrgüter kontrahirt werden sollen;

e. die jährliche Prüfung und Genehmigung der Rechnungen der Kirchgemeinde.

§ 1. Für die unter litt. c und d dieses Artikels aufgeführten Verhandlungen bedarf es der Stimmen von zwei Dritteln der in der Versammlung Anwesenden.

§ 2. Ein jeder die Vorschriften von litt. c und d dieses Artikels beschlagender Beschluß ist ohne die Zustimmung des Ordinarius oder dessen Delegirten ungültig.

Art. 19. Die Rechnungen der Pfarrgemeinde werden ebenfalls alljährlich dem Ordinarius zur Genehmigung vorgelegt.

Art. 22. Die vorstehenden Bestimmungen sind nicht anwendbar auf die Güter derjenigen Pfarreien, welche Kapiteln anvertraut sind und von denselben stiftungsgemäß verwaltet werden.

Art. 23. Die Bruderschaften und die andern religiösen, kanonisch konstituirten Genossenschaften verwalten ihre Güter selbständig unter Aufsicht des Ordinarius oder dessen Delegir-

ten, dem sie über ihre Verwaltung und die Erfüllung allfällig auf den Gütern lastenden Verpflichtungen jährlich Rechnung abzulegen haben.

Art. 24. In keinem Falle können Ueberschüsse oder Einnahmenbestände, die für den Kultus bestimmt sind, ohne die Zustimmung des Ordinarius zu einem andern, öffentlichen oder privaten, Gebrauche verwendet werden.

Art. 27. In jenen Pfarr- oder Unterpfarrgemeinden, wo die Pfrundeinkünfte und die Kultusausgaben ganz oder theilweise von der Gemeinde geleistet resp. bestritten werden, bleiben, unter Vorbehalt der Bestimmungen des Art. 49 B.-V. die gegenwärtig diesbezüglich geltenden Verträge und Gebräuche in Kraft bestehen.

Art. 28. Anstände betreffend die Ausübung des Stimmrechtes in den Pfarrgemeindeversammlungen, sowie bezüglich deren Einberufung, der Abhaltung derselben, der Wahl des Kirchenrathes und deren Verhandlungen, werden vom Regierungsstatthalter, unter Vorbehalt des Beschwerderechts beim Regierungsrathe und nach Mitgabe der für nicht streitige Administrativangelegenheiten geltenden Vorschriften entschieden.

Anstände dagegen, welche die Ausübung des Kultus betreffen, gehören in die Kompetenz des Ordinarius.

Art. 29. Die bürgerlichen Behörden haben, auf Ersuchen, die kirchlichen zu unterstützen, damit die Ordnung während den kirchlichen Funktionen nicht gestört, die Pfarrherren und Geistlichen in der Erfüllung ihrer Pflichten nicht verhindert und die in Uebereinstimmung mit gegenwärtigem Gesetze getroffenen Verfügungen der kirchlichen Behörden ausgeführt werden.

Art. 36. Die Verwaltung der Güter vakant gewordener Seelsorgepfründen wird vom Kirchenrathe besorgt, welcher dem Delegirten des Ordinarius und der Kirchgemeindeversammlung die Rechnungen vorlegt.

§ 1. Die Einkünfte vakanter Kanonikatspfründen werden vom Vorsteher des Kollegialkapitels, welcher dem Ordinarius und dem Kapitel Rechnung ablegt, verwaltet.

§ 2. Wenn die vakante Pfründe einem Privatpatronat ge-

hört, geschieht die Verwaltung durch die Patrone, welche dem Ordinarius bezügliche Rechnung ablegen.

Art. 37. Durch das gegenwärtige Gesetz treten sammt allen Gesetzen, Dekreten und Verordnungen, welche mit demselben im Widerspruche stehen, außer Kraft

a. Folgende Bestimmungen des Strafgesetzbuches:

Ziffer 8 des Art. 25, § 2 des Art. 101 und § 2 des Art. 131;

das Wort ecclesiastica des § 1 vom Art. 27, und die Worte ministri del culto vom Art. 134;

der ganze Abschnitt V des litt. III, 2. Buch;

b. das bürgerlich-kirchliche Gesetz vom 24. Mai 1855;

c. folgende Bestimmungen des Gemeindegesetzes:

Absatz 2 des Art. 2; Art. 37; das Wort sacristani des Art. 52; litt. a von Ziffer VIII des Art. 73; die Worte e l'impedire la celebrazione di feste od altre funzioni non autorizzate des Art. 73, Ziffer VIII litt. c.; litt. i des Art. 80; litt. c des Art. 133 bis auf die Worte orologi e campisanti; litt. c des Art. 149 und das Wort benefici von litt. e des gleichen Artikels.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Ueber die formellen Einreden:

1. Die rekursbeklagte Regierung bestreitet die Zulässigkeit der eingereichten Beschwerde in erster Linie aus dem Grunde, weil dieselbe gegen ein von der gesetzgebenden Behörde erlassenes und vom Volke angenommenes Gesetz gerichtet sei. Ein Gesetz, sagt sie, enthalte nicht die Entscheidung eines konkreten Falles, sondern eine allgemeine Norm, welche nicht in Rechtskraft erwachse, auch wenn binnen 60 Tagen kein Rekurs dagegen ergriffen werde. Denn, wenn auch das Gesetz selbst unangefochten bleibe, so sei gegen die einzelnen Anwendungen desselben doch stets und zu jeder Zeit eine Beschwerde möglich. Ein Gesetz könne daher nicht als eine von einer kantonalen Behörde erlassene „Verfügung" betrachtet werden, gegen welche allein staatsrechtliche Rekursbeschwerden gemäß Art. 59 O.-G. beim Bundesgerichte eingereicht werden dürfen. Das Bundesgericht

hat aber schon wiederholt erkannt, daß unter den „Verfügungen," von welchen die citirte Gesetzesstelle spricht, auch kantonale Gesetze zu verstehen seien und es liegt um so weniger Grund vor, von der bisherigen Auslegung abzugehen, als bekanntermaßen schon vor 1875 der Bundesrath und die Bundesversammlung Rekurse gegen kantonale Gesetze wegen Verfassungswidrigkeit derselben zugelassen haben und nichts darauf hinweist, daß das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege in dieser Hinsicht etwas habe ändern und das Beschwerderecht auf Entscheide kantonaler Behörden in konkreten Rechtsstreitigkeiten habe beschränken wollen. Daß auch die gesetzgebende eine kantonale Behörde im Sinne des citirten Art. 59 ist, steht außer Zweifel. Es ist zwar zuzugeben, daß dem gemeinen Sprachgebrauche nach der Ausdruck „Verfügung" in der Regel nicht auf Gesetze angewendet wird; allein derselbe läßt sich, ohne daß demselben gerade Zwang angethan wird, doch auch dahin auffassen, daß darunter überhaupt jeder Erlaß einer Behörde zu verstehen sei; für diese weitere Auslegung spricht überdies nebst der bereits angeführten bundesrechtlichen Praxis auch der Wortlaut des Art. 113 Ziffer 3 B.-V., welcher allgemein dem Bundesgerichte Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger sowie über solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen zur Beurtheilung überweist. Die Einrede erscheint daher mit Bezug auf die objektive Voraussetzung des staatsrechtlichen Rekurses als unbegründet. Was dagegen die subjektive Berechtigung zur Ergreifung desselben betrifft, so muß allerdings, wenn die Beschwerde gegen ein Gesetz gerichtet ist, verlangt werden, daß die rekurrirenden Personen oder Korporationen selbst unmittelbar durch das angefochtene Gesetz in ihren verfassungsmäßigen Rechten angeblich verletzt werden, und kann es dagegen nicht genügen, daß eine solche Verletzung möglicherweise später, beim Hinzutreten von Thatsachen, deren Eintritt, wenigstens der Zeit nach, gänzlich ungewiß ist, eintreten kann. Es ist daher bei jedem einzelnen Beschwerdepunkt, soweit dessen Beurtheilung überhaupt in die Kompetenz des Bundesgerichtes fällt, zu untersuchen, ob durch die Gesetzesbestimmungen, welche den Gegen-

stand desselben bilden, verfassungsmäßige Rechte der Rekurrenten selbst verletzt seien.

2. Innert diesen Schranken und unter dem obenbezeichneten Vorbehalte müssen die Rekurrenten als zum Rekurse legitimirt angesehen werden und erscheint die zweite Einrede der Rekursbeklagten, welche die Legitimation der Rekurrenten beschlägt, als unbegründet. Allerdings bildet das „Komite des liberalen Vereins des Kantons Tessin," in dessen Namen der Rekurs eingereicht wurde, keine juristische Person, keine Korporation, welche nach Art. 59 O.-G. zur Beschwerdeführung berechtigt wäre; auch liegt es auf der Hand, daß Rechte dieses Comites resp. des liberalen Vereins als solchen durch das Kirchengesetz in keiner Weise berührt werden. Dagegen kann nicht in Abrede gestellt werden, daß von Stoppani, Simen und Bruni persönlich als Bürger des Kantons Tessin insoweit zum Rekurse legitimirt sind, als sie behaupten, daß ihre verfassungsmäßigen Rechte als Bürger des Kantons Tessin durch das Gesetz verletzt werden, und es sind dieselben berechtigt, zu verlangen, daß ihre Beschwerde von diesem Standpunkte aus von den Bundesbehörden geprüft werde.

3. Die dritte Einrede, die Verspätung betreffend, erscheint mit Bezug auf die sogenannten Anschlußerklärungen von Gemeinderäthen, Privaten und Vereinen, welche alle erst lange nach Ablauf der 60 Tage, seit Inkrafttreten resp. Publikation des Gesetzes, — die erste nämlich am 13. Juli vorigen Jahres, — hierorts eingegangen sind, ohne weiters als begründet. Diese Erklärungen sind nicht etwa „Nebeninterventionen," da ja die Voraussetzungen einer Nebenintervention überall nicht vorliegen, sondern sie können nur als selbständige Rekurserklärungen aufgefaßt werden, welche sich in Begehren und Begründung an die ursprüngliche Beschwerde der Herren Stoppani und Genossen anschließen. Für dieselben gilt daher die sechzigtägige Rekursfrist ebenfalls, und da diese Frist nicht eingehalten worden ist, so müssen diese Beschwerden ohne weiters als verspätet zurückgewiesen werden.

4. Als zweifelhaft erscheint die Frage bezüglich der Eingabe Stoppani, Simen und Bruni; das angefochtene, vom großen

Rathe am 28. Januar und vom Volke des Kantons Tessin am 21. März 1886 angenommene Gesetz ist im Amtsblatte vom 26. März gleichen Jahres publizirt, die Beschwerde aber erst am 27. Mai, also am 62. Tage nach der Publikation, in Bellenz auf die Post gegeben worden. Die Rekurrenten machen aber diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung auf diese Einrede geltend: „Das angefochtene Gesetz verletze nicht blos die individuellen Rechte der Bürger, sondern und vorzugsweise die im öffentlichen Interesse erlassenen Verfassungsbestimmungen, weßhalb, — nach der konstanten Praxis des Bundesgerichtes (vergl. die Entscheide in Sachen Bühler-Gmür, Graf, de Pury und Arnold), — die sechzigtägige Rekursfrist hier gar nicht Platz greife. Um so weniger könne dies aber angesichts der tessinischen Bestimmungen über die Promulgation der Gesetze angenommen werden. Nach Art. 2 des Civilgesetzbuches trete in der That ein Gesetz erst nach seiner Promulgation in Kraft und Art. 2 des Gesetzes vom 2. Juni 1843 (bestätigt durch Art. 7 des Reglementes vom 24. Dezember 1850) bezeichne als Publikationsorgan das Amtsblatt, während Art. 8 des eben erwähnten Reglementes ferner bestimme, daß die Gemeinderäthe verpflichtet seien, das Amtsblatt am nächsten Festtage öffentlich anzuschlagen. Nun habe das Amtsblatt vom 26. März, weil am 25. festa della Madonna war (an welchem Festtage die Angestellten der Staatsdruckerei nicht zu arbeiten pflegen), erst am 27. März in Bellinzona auf die Post gegeben werden, und da der 28. wieder ein Sonntag gewesen, erst am 29. oder 30. März in allen Gemeinden vertheilt werden können. Nach Mitgabe der oben angeführten Gesetzes- und Reglementsbestimmungen habe daher der Anschlag in allen Gemeinden frühestens am 4. April (als dem nächsten Festtage) geschehen können und dürfe die Rekursfrist erst von diesem Tage an berechnet werden." Nun kann zwar der Ansicht der Rekurrenten, daß die vorliegende Beschwerde ihrer Natur resp. ihrem Gegenstande nach nicht an die gesetzliche Rekursfrist geknüpft sei, nicht beigepflichtet werden. Denn wenn man auch Ausnahmen im Sinne des Urtheils Bühler-Gmür u. s. w. machen will, so sind immerhin deren Voraussetzungen in concreto deßhalb

II, 203
1.6

nicht vorhanden, weil die Abweisung des gegen das Gesetz als solches gerichteten Rekurses Beschwerden gegen dessen praktische Anwendung im einzelnen Falle, wie bereits ausgeführt, nicht ausschließt, und nun die verfassungsmäßigen Rechte der Bürger gewiß hinlänglich gewahrt sind, wenn ihnen die Befugniß eingeräumt wird, sowohl innerhalb 60 Tagen nach Publikation des Gesetzes gegen letzteres selbst als später, — und zwar ohne irgendwelche Beschränkung resp. ohne alle Rücksicht darauf, ob gegen das Gesetz selbst Beschwerde geführt worden ist oder nicht, — gegen die praktische Anwendung desselben beim Bundesgerichte Beschwerde zu erheben. Ebensowenig erscheint es als richtig, den Beginn der sechzigtägigen Beschwerdefrist mit dem Zeitpunkt eintreten zu lassen, in welchem das Gesetz nach dem kantonalen Rechte vollziehbar wird. Für den Beginn genannter Frist ist vielmehr nach Art. 59 O.-G. allgemein die „Eröffnung," die „Publikation" des Gesetzes maßgebend; immerhin in der Meinung, daß wo die Publikation durch ein amtliches Blatt erfolgt, nicht das Datum, welches die betreffende Nummer trägt, sondern der Tag seiner wirklichen Ausgabe, oder derjenige, an welchem das Amtsblatt den Bürgern zugekommen ist, beziehungsweise nach dem ordnungsmäßigen Gange der Post zukommen konnte, maßgebend sein muß. Nun erklärt die Kreispostdirektion Bellenz zu den Akten, daß das Amtsblatt vom 26. März vorigen Jahres erst am 27. März Abends der Post übergeben worden und es ist demnach anzunehmen, daß die Abgabe an die Adressaten erst am folgenden Tage, den 28. März erfolgt sei. Rechnet man nun die Rekursfrist von letzterm Tage an, so ist dieselbe als innegehalten zu betrachten, da der Rekurs am 27. Mai, d. h. am sechzigsten Tage in Bellenz auf die Post gegeben worden ist.

5. Es ist daher zu untersuchen, inwieweit die materielle Beurtheilung des Rekurses in die Kompetenz des Bundesgerichtes falle. Die Rekurrenten selbst haben sich über die Kompetenzfrage nicht ausgesprochen, sondern sich darauf beschränkt, völlig gleichlautende Beschwerden beim Bundesrathe und Bundesgerichte einzureichen und den Antrag zu stellen, daß diese beiden Behörden, jede soweit es sie angehe, die angefochtenen

Gesetzesbestimmungen als verfassungswidrig aufhebe. Aus Art. 59 O.-G. geht nun hervor:

a. daß nicht in die Kompetenz des Bundesgerichtes, sondern des Bundesrathes, die bereits oben sub Ziffer 1, 4, 5 und 8 von litt. B des faktischen Theils aufgezählten Beschwerdepunkte fallen, welche Verletzung des Bernervertrages vom 1. September 1884 sowie der Art. 50 Absatz 4, Art. 49 Absatz 2, Art. 51 und 43 B.-V. betreffen;

b. daß das Bundesgericht hingegen zuständig ist, die andern Beschwerdepunkte zu prüfen und zu beurtheilen, welche Bezug haben auf Art. 58 Absatz 2 B.-V. (Abschaffung der geistlichen Gerichtsbarkeit).; auf die Eigenthumsgarantie (welche durch die Ueberreichung des Kirchenvermögens an die Kirchgemeinden verletzt sein soll); auf Art. 49 Absatz 6 B.-V. (Kultussteuern); auf Entzug des Rechtes der Gemeinden, ihre Pfarrer zu wählen; auf Verletzung der Rechtsgleichheit (Art. 4 ibidem) in der Behandlung der Gemeinden, in welchen Domkapitel bestehen, bezüglich der Wahl der Pfarrer und Kirchenrathes; auf die den weltlichen Behörden auferlegte Pflicht zur Vollziehung von Verfügungen der kirchlichen Behörden (Art. 29 des Gesetzes) und endlich auf die Abschaffung verschiedener Bestimmungen des Strafgesetzbuches betreffend Vergehen der Priester.

6. Zur Rechtfertigung dieser Ausscheidung der Kompetenzen ist hinsichtlich des den politischen Behörden des Bundes zugewiesenen Theils auszuführen:

Daß Art. 50 Absatz 4 B.-V. nicht zu denjenigen Verfassungsbestimmungen gehört, welche dem Schutze des Bundesgerichtes unterstellt sind, da derselbe kein konstitutionelles Recht der Bürger garantirt, sondern lediglich die Rechte beziehungsweise die Kirchenhoheit des Bundes gegenüber dem Heiligen Stuhle und den Kantonen wahren will;

daß der Bernervertrag vom 1. September 1884, welchen der Bundesrath offenbar kraft der ihm nach Art. 50 Absatz 4 B.-V. zustehenden Befugniß abgeschlossen hat, nicht zu den Staatsverträgen mit dem Auslande gehört, über deren Verletzung Private nach Art. 113 Ziffer 3 B.-V. und Art. 59 litt. b O.-G. allerdings beim Bundesgerichte Beschwerde führen könnten, son-

dern, — angesichts des bereits über Art. 50 Absatz 4 B.-V. Gesagten und des Inhaltes des Vertrages selbst (welcher ja keine Rechte von Privaten begründet), — ausschließlich vom Bundesrathe auszulegen und zu vollziehen ist;

daß die Beschwerden über Verletzung des Art. 51 B.-V. ausdrücklich der Kognition des Bundesrathes beziehungsweise der Bundesversammlung vorbehalten sind (Art. 59 litt. b Ziffer 6 O.-G.);

daß das Gleiche auch mit Bezug auf Art. 43 ibidem gilt, wobei übrigens zu bemerken ist einerseits, daß der angefochtene Art. 28 des Kirchengesetzes, wodurch dem Staatsrathe die Befugniß eingeräumt wird, in letzter Instanz über das kirchliche Stimmrecht zu entscheiden, offenbar nur den Rekurs an die kantonalen Behörden regliren kann und will, indem die Beschwerdeführung bei den eidgenössischen selbstverständlich nur durch die Bundesgesetzgebung normirt werden kann, und andrerseits, daß die Rekurrenten keinerlei Verfassungsbestimmung anzuführen vermocht haben, welche durch den vom Art. 28 cit. ausgesprochenen Ausschluß der Beschwerde an den tessinischen großen Rath verletzt worden wäre;

daß, da die Rekurrenten in der Bestimmung des Gesetzes, welche jeden Bürger, der aus der katholischen Konfession austrete, seines Eigenthumsrechtes am Kirchenvermögen verlustig erklärt, eine verfassungswidrige, die Glaubens- und Gewissensfreiheit verletzende Strafe erblicken, anzunehmen ist, sie haben Absatz 2 des Art. 49 B.-V. im Auge, welcher unter Anderm bestimmt, daß „Niemand wegen Glaubensansichten mit Strafen irgend welcher Art belegt werden darf," somit die Verletzung einer dem Schutze der politischen Behörden des Bundes unterstellten Verfassungsgarantie.

In der Hauptsache:

7. Die Rekurrenten glauben eine Verletzung des Art. 58 Absatz B.-V. resp. eine Wiedereinführung der abgeschafften geistlichen Gerichtsbarkeit in den Vorschriften der Art. 2, 3, 4, 7 § 1, 18, 19, 23, 24, 28 und 36 des Gesetzes zu finden und führen diesbezüglich im Wesentlichen aus: Das Gesetz spreche

in Art. 2 allerdings nur von giurisdigione spirituale, die Machtbefugnisse aber, welche damit dem Ordinarius gewährt werden, gehen weit über das kirchliche Gebiet hinaus. Der Bernervertrag drücke sich richtiger aus, indem er die tessinischen Pfarrgemeinden unter die geistliche Verwaltung des apostolischen Administrators stelle. Eine geistliche Gerichtsbarkeit sei immer, — möge sie sich geistliche oder bürgerliche, priesterliche oder weltliche nennen, — im Widerspruch mit Art. 58 B.-V., welcher ja keinen Unterschied zwischen dieser oder jener Art derselben mache. Nach dem kanonischen Rechte beziehe sich übrigens die geistliche Gerichtsbarkeit nicht nur auf das Dogma, sondern auch auf die Doktrin, die Disziplin und die Moral. Die Erziehung z. B. sei nach der katholischen Lehre eine Pflicht und ein Privileg der Geistlichkeit, die Ehe ein Sakrament, und gehöre daher zur ausschließlichen Domäne des Priesters; die Ausübung des geistlichen Amtes berühre auch die Polizei, das Gesundheitswesen, den Militärdienst und die öffentliche Ordnung. Die Moral begreife alle Zweige der Gesetzgebung, das Civil- und Strafgesetzbuch, überhaupt alle Institutionen. Die geistliche Gerichtsbarkeit gestatte daher der Geistlichkeit, sich in Alles einzumischen, was die Ehe, die Scheidung, die Erziehung, das Begräbnißwesen, die Arbeit an Sonntagen, den Verkauf von Büchern, denjenigen des Fleisches an Fasttagen und die Gesetzgebung betreffe, welche von nah oder von fern die von der Geistlichkeit beanspruchten Privilegien berühren u. s. w. Art. 2 des Gesetzes sei um so gefährlicher, als Art. 4 der Geistlichkeit Straflosigkeit bezüglich aller Handlungen, welche die „gesetzliche Freiheit in Ausübung ihres heiligen Berufes" beschlagen, gewähre, und als nach Art. 3 der Ordinarius zu Publikation seiner Pastoralbriefe und aller andern den geistlichen Beruf betreffenden Akten vollkommen frei sei. Speziell über den Begriff der rein geistlichen (spiritualen) Gerichtsbarkeit hinaus gehe die Bestimmung (Art. 7 § 1), daß die Benefizien der Kapitel nach geistlichen Gesetzen und Dekreten übertragen werden, während in der Schweiz ein geistliches Gesetz bekanntlich nur angewendet werden dürfe, wenn es im Einklang mit der Bundesverfassung und den bürgerlichen Gesetzen stehe. Die Kapitelsbenefizien seien

Güter und Rechte, welche nur nach den Bestimmungen des Obligationenrechtes oder der von den gesetzgebenden Behörden des Kantons erlassenen Gesetze übertragen werden können. Das Gleiche gelte auch hinsichtlich des Art. 18 ib., wonach „Beschlüsse über Veräußerung oder Umwandlung der unbeweglichen Kirchengüter, über Führung von Prozessen, Eingehung von Schulden und dergleichen auf Rechnung des Kirchengutes" zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung des Ordinarius bedürfen; — ebenso bezüglich der Art. 19, 23, 24 und 36, welche die jährlichen Pfarrgemeinderechnungen der Genehmigung des Ordinarius unterwerfen und wonach „Ueberschüsse der für den Kultus bestimmten Erträgnisse ohne die Zustimmung des Ordinarius nicht zu einem andern Zwecke verwendet werden dürfen" — und endlich für den zweiten Absatz des Art. 28, kraft dessen Anstände, welche die Ausübung des Kultus betreffen, in die Kompetenz des Ordinarius gehören." — Allein die behauptete Verletzung des Art. 58 Absatz 2 B.-V. kann in allen diesen Bestimmungen nicht gefunden werden. Denn, soviel aus dem Gesetze selbst und der Antwort der Regierung ersichtlich, ist unter der geistlichen Gerichtsbarkeit im Sinne des Gesetzes nichts anderes verstanden, als was der Berner Vertrag, — freilich richtiger, — mit administration spirituelle bezeichnet. Der kanonische Begriff der Jurisdiktion faßt bekanntlich Verwaltung und Gerichtsbarkeit zusammen und ist keine Rede davon, daß die Jurisdiktion im kanonischen Sinne mit der geistlichen Gerichtsbarkeit im Sinne des Art. 58 Absatz 2 B.-V. zusammenfalle. Sowohl die Entstehungsgeschichte dieser Verfassungsbestimmung, als ihre Stellung im System der Bundesverfassung, d. h. ihre unmittelbare Verbindung mit der Garantie des verfassungsmäßigen Richters, und die Vergleichung mit Art. 49 ff. B.-V. zeigen zur Evidenz, daß unter der vom Art. 58 Absatz 2 B.-V. abgeschafften geistlichen Gerichtsbarkeit nichts anderes zu verstehen ist, als die kirchliche Rechtspflege, d. h. die von der Kirche in Anspruch genommene und ausgeübte Strafgewalt und Civilgerichtsbarkeit in streitigen Rechtssachen, welche die staatliche Autorität, — im Widerspruche allerdings mit dem kanonischen Rechte, — als weltliche Angelegenheiten betrachtet

(vergl. Urtheil des Bundesgerichtes in Sachen der katholischen Pfarrgemeinde Luzern, Amtliche Sammlung IV, S. 510). Daß nun aber das rekurirte tessinische Gesetz den Begriff der Jurisdiktion (Gerichtsbarkeit) im weitern Sinne fasse, als dies nach Art. 58 Absatz 2 B.-V. zuläßig ist, d. h. daß dasselbe darunter nicht bloß die geistliche Verwaltung (Administration) verstehe, sondern die geistlichen Behörden beziehungsweise den Ordinarius auch für die streitige Gerichtsbarkeit über irgend welche Privatrechtsstreitigkeiten oder gewöhnliche Strafsachen, welche ihrer Natur nach Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sind, und nicht bloß über diejenigen Angelegenheiten, welche auch die weltliche Gesetzgebung, insbesondere Art. 58 Absatz 2 B.-V., als rein kirchliche betrachtet, zuständig erklären wolle, dafür bietet dessen Inhalt durchaus keinen Anhaltspunkt. Insbesondere kann nicht gesagt werden, daß die von den Rekurrenten speziell hervorgehobenen Bestimmungen eine solche verfassungswidrige Gerichtsbarkeit einführen wollen. Alle räumen dem Ordinarius nur gewisse, wenn auch allerdings weitgehende, Verwaltungsbefugnisse und Aufsichtsrechte ein, nirgends aber ein Untersuchungs- und Entscheidungsrecht in irgend welchen streitigen Rechts- (Civil- oder Straf-) Sachen, Ehesachen inbegriffen. Die Abschaffung des regierungsräthlichen Placets für die bischöflichen Erlasse, die Bestimmungen betreffend Uebertragung der Kapitelspfründen, das Aufsichts- und Genehmigungsrecht des Ordinarius betreffend die Verwaltung des Kirchengutes, die die Veräußerung der letztern, sowie die Prozeßführung auf Rechnung derselben beschlagenden Pfarrgemeindebeschlüsse, die Verwendung der Erträgnisse der Kirchengüter, das Entscheidungsrecht über die Ausübung des Kultus betreffende Anstände, haben mit Art. 58 Absatz 2 B.-V. überall nichts zu thun, da es sich in keiner Weise um streitige Rechtssachen (civil- oder strafrechtlicher Natur) handelt, welche Gegenstand eines Civil- oder Strafverfahrens sein könnten. Ob die vom Gesetz dem Ordinarius eingeräumten Kompetenzen resp. der Mißbrauch derselben, z. B. bezüglich § 2 des Art. 18, allfällig gegen andere Bestimmungen der Bundes- oder Kantonsverfassung verstoßen könnten, ist gegenwärtig nicht zu untersuchen, da die Rekursschrift

und die vorliegenden Akten hiezu keinerlei Veranlassung geben.

8. Hinsichtlich des zweiten Beschwerdepunktes, welcher: a. die Schaffung der sogenannten todten Hand und b. die angebliche Eigenthumsverletzung beziehungsweise die gerügte Thatsache betrifft, das rekurrirte Gesetz erkläre gewisse bisher im Eigenthum der politischen Gemeinden befindliche Güter zu Kirchengütern und überliefere dieselben neugegründeten Kirch- oder Pfarrgemeinden, welche zu juristischen Personen gebildet werden und ihre Güter nur mit Genehmigung des Ordinarius veräußern dürfen, ist zu bemerken:

Ad a. Daß die Rekurrenten nicht in der Lage sind, eine Verfassungsbestimmung anzurufen, welche verbieten würde, die Veräußerung von öffentlichen Gemeindegütern, sei es allgemein oder doch bezüglich der Kirchengüter, an die Bewilligung von staatlichen oder kirchlichen Oberbehörden zu knüpfen, und auch nicht behauptet haben, daß die tessinische Verfassung entweder allgemein die freie Veräußerlichkeit der öffentlichen oder doch der Kirchengüter durch die Gemeinden gewährleiste oder nur die Bewilligung weltlicher Behörden für dieselbe erfordere resp. zulasse. Bekanntlich bestehen solche öffentlich-rechtliche Beschränkungen in der Veräußerlichkeit von öffentlichen Gütern auch in andern Kantonen und finden ihre Begründung in der Zweckbestimmung der Güter.

Ad b. Daß die Rekurrenten zur Beschwerdeführung nicht legitimirt sind, noch der staatsrechtlche Rekurs der richtige Weg ist, um diese Frage zur Entscheidung zu bringen, noch endlich die Beschwerde im Gesetze einen Anhalt findet. Denn das Gesetz (Art. 6) behält die wohlerworbenen Rechte ausdrücklich vor und nun kann selbstverständlich die Frage, ob gewissen politischen Gemeinden oder Privaten wohlerworbene Privatrechte an solchen Vermögensgegenständen, welche das Gesetz als Kirchengut den Pfarrgemeinden zuweist, zustehen, nur im Civilprozeß entschieden werden, und zwar in einem solchen, an welchem die betreffenden politischen Gemeinden oder Privaten selbst als Partei Theil nehmen.

9. Gegen die Begründetheit des dritten Beschwerdepunktes, daß durch Art. 27 des angefochtenen Gesetzes Art. 49 Absatz 6

B.-V. verletzt werde, weil derselbe die Einwohnergemeinde verpflichte, ohne Rücksicht ob sie aus Römisch-Katholischen oder aus Angehörigen anderer Konfessionen bestehe, die bisher freiwillig an die Pfarrbesoldung geleisteten Beiträge ferner zu entrichten, spricht zur Genüge der Schlußsatz jener Gesetzesbestimmung, in welchem Art. 49 B.-V. vorbehalten ist. Zwar behaupten die Rekurrenten, jener Vorbehalt genüge nicht, weil der tessinische Gesetzgeber jenen Beitrag nicht als Steuer betrachte. Allein aus dem angefochtenen Gesetze ist schlechterdings nicht ersichtlich, daß der tessinische Gesetzgeber den Art. 49 Absatz 6 anders auffasse und auslege, als der eidgenössische Gesetzgeber und die Bundesbehörden denselben ausgelegt und aufgefaßt wissen wollen. Sollten jedoch Angehörige anderer Religionsgenossenschaften trotz des Vorbehaltes des Art. 49 B.-V. und im Widerspruch mit dieser Bestimmung in Zukunft angehalten werden wollen, direkt oder indirekt an die Kosten des Kultus der tessinischen Kirchgemeinden beizutragen, so können dieselben selstverständlich jederzeit beim Bundesgerichte Abhülfe verlangen. Zur Zeit liegt ein solcher Fall unbestrittenermaßen nicht vor, namentlich nicht bezüglich der Rekurrenten.

10. Thatsächlich nicht richtig ist die Beschwerde, welche darauf gestützt wird, daß das Gesetz das Recht zur Pfarrwahl allen Gemeinden entziehe. Denn, — abgesehen von den Domkapitel-Gemeinden (Art. 7), — beläßt es ihnen dasselbe ausdrücklich. Nun läßt es sich freilich nicht leugnen, daß, indem das Gesetz die Genehmigung der Wahl durch den Ordinarius verlangt und demselben im Weitern das Recht einräumt, frei gewordene Pfarrstellen bis zur definitiven Besetzung provisorisch zu besetzen und dem Verweser die Einkünfte der betreffenden Pfarrei zuweist, hiedurch die Rechte der Gemeinden gegenüber dem durch das frühere Gesetz geschaffenen Zustand ganz wesentlich beschränkt werden. Allein da weder die Kantons- noch die Bundesverfassung Bestimmungen enthalten, welche der Gesetzgebung in dieser Beziehung Schranken setzen bezw. die Aufstellung solcher Bestimmungen verbieten würden, und da andrerseits von wohlerworbenen Privatrechten der Gemeinden hier natürlich keine Rede sein kann, so fällt die Beschwerde ohne weiters als unbegründet dahin. Uebrigens gibt es ja be-

kanntlich auch andere und zwar auch protestantische Kantone, in welchen das Recht, die Pfarrer zu wählen, nicht den Gemeinden zusteht, und kann die Behauptung der Rekurrenten, daß die Wahl der Pfarrer ein unveräußerliches Ur- und Naturrecht des Volkes sei, welches auch dann von den Bundesbehörden anerkannt und geschützt werden müsse, wenn es nicht in der Verfassung ausdrücklich garantirt sei, gewiß nicht als richtig angesehen werden.

11. Bezüglich des weitern Beschwerdepunktes, wonach die Rechte des Volkes und die Bundesverfassung dadurch verletzt sein sollen, daß an denjenigen Orten, wo Domkapitel bestehen (Lugano, Locarno, Bellinzona und Balerna) die Wahl des Pfarrers und des Kirchenrathes ausnahmsweise nicht den Gemeinden, sondern der geistlichen Behörde zukommt und die Verwaltung des Kirchengutes dem Kapitel zugewiesen wird, mangelt den Rekurrenten die Legitimation zur Beschwerde. Diese kommt, — wenigstens in erster Linie, — lediglich den benachtheiligten Gemeinden zu. Ob, wenn die Gemeinden in ihrer Mehrheit sich bei den angeblich verfassungswidrigen Bestimmungen beruhigen würden, auch eine allfällige Minderheit den Rekurs ans Bundesgericht ergreifen könnte, mag dahin gestellt bleiben, da die Gemeinden sich bis jetzt über die Frage noch gar nicht ausgesprochen haben und zudem aus den Akten nicht einmal hervorgeht, daß die Rekurrenten, oder doch einzelne derselben, einer oder mehreren der betreffenden Gemeinden angehören, indem dieselben lediglich als Vertreter des „kantonalen liberalen Komites" und allgemein als „tessinische Kantonsbürger" auftreten. Uebrigens bestehen bekanntlich ähnliche Verhältnisse auch in andern Kantonen, wo Domkapitel (Kathedralkirchen) existiren (vergl. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen, Bd. IV, S. 505 ff.; Gareis und Zorn, Staat und Kirche in der Schweiz, Bd. I, S. 474 ff.).

12. Die Rekurrenten beschweren sich endlich noch über Art. 29 und 37 des Gesetzes (s. deren Wortlaut in Fakt. F), welche eine Anzahl von Bestimmungen des Strafgesetzbuches, welche speziell Handlungen der Geistlichen beschlagen, aufheben. Sie bezeichnen aber gar keine Bestimmung der Bundes- oder Kantonsverfassung, welche durch diese Gesetzesvorschriften ver-

letzt wären, was sie übrigens, — speziell bezüglich Art. 37 der Natur der Sache nach, — unmöglich hätten thun können, indem keine Verfassungsbestimmungen bestehen, welche besondere Strafen für die Geistlichen verlangen beziehungsweise verbieten würden, dieselben unter das gemeine Recht zu stellen. Allerdings berufen sie sich auf Art. 2 B.-V., welcher bestimmt: „Der Bund hat den Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen Außen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt," und behaupten sodann, das rekurrirte Gesetz verletze die Freiheit und die Rechte der Eidgenossen und hindere die gemeinsame Wohlfahrt, anstatt dieselbe zu fördern. Allein nach Art. 113 B.-V. und 59 O.-G. hat das Bundesgericht die Rechte der Eidgenossen nur insoweit zu schützen, als dieselben in der Kantonsverfassung oder der Bundesverfassung oder den in Ausführung derselben erlassenen Bundesgesetzen gewährleistet und bezügliche Streitigkeiten nicht den politischen Bundesbehörden zur Erledigung zugewiesen sind. Die Berufung auf Art. 2 B.-V. genügt daher zur Begründung einer staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgerichte nicht, sondern es muß dargethan werden, daß ein in der Kantons- oder Bundesverfassung ausdrücklich gewährleistetes konstitutionelles Recht durch die angefochtene Verfügung verletzt werde, was die Rekurrenten in casu, bezüglich der Art. 29 und 37 cit., nachzuweisen nicht einmal versucht haben. Sollte übrigens der Art. 29 des Gesetzes später in einer Weise ausgelegt und angewendet werden, welche denselben, — oder richtiger gesagt dessen Anwendung, — als mit Art. 49 B.-V. oder andern Verfassungsbestimmungen unverträglich erscheinen ließe, so stünde, wie bereits oben bemerkt wurde, den Verletzten unverkürzt das Beschwerderecht bei den zuständigen Bundesbehörden zu.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs Stoppani, Simen und Bruni wird, soweit dessen Beurtheilung in die Kompetenz des Bundesgerichtes fällt, im Sinne der Erwägungen als unbegründet abgewiesen.

23. *Sentenza del 2 aprile 1887, nella causa de Stoppani e consorti.*

A. Addì 1° settembre 1884, il Consiglio federale, in suo proprio nome ed in quello del cantone Ticino, stipulava con la Santa Sede una convenzione (ratificata il 27/29 novembre successivo) « per regolare la situazione religiosa. delle par- » rocchie del cantone Ticino, » in virtù della quale (art. 1°) « le parrocchie stesse venivano canonicamente staccate dalle » diocesi di Milano e di Como e poste sotto l'amministra- » zione spirituale di un prelato, col titolo di amministratore » apostolico del cantone Ticino, » da nominarsi (art. 2) dalla Santa Sede. A quest'ultimo riguardo, il verbale che accompagna la convenzione osserva però che « il Consiglio federale » si riferisce, quanto alla scelta della persona che sarà chia- » mata a rivestire le funzioni di amministratore apostolico » del Ticino, alla comunicazione fatta in proposito, il 20 » ottobre 1883 da S. E. il cardinale Jacobini al presidente » del Consiglio di Stato del cantone Ticino. » L'art. 3° della ridetta convenzione statuisce infine che « qualora il titolare » venisse a morire prima della organizzazione definitiva » delle parrocchie ticinesi, il Consiglio federale, il cantone » Ticino e la Santa Sede s'intenderanno per la prolungazione » dell'amministrazione provvisoria come sopra istituita. »

B. Nei comizi del 21 marzo 1886, il popolo del cantone Ticino accettava una legge « sulla libertà della Chiesa catto- » lica e sull'amministrazione dei beni ecclesiastici, » che il Gran Consiglio ticinese avea votato il 28 del precedente gennaio « al fine di porre la legislazione cantonale in armonia » con la surriferita convenzione, ecc. » e contro la quale i signori: L. de Stoppani, R. Simen e avv. E. Bruni, inoltrarono presso questa Corte e presso il Consiglio federale, in nome del « Comitato liberale cantonale ticinese, » un ricorso 25/27 maggio 1886, all'uopo di ottenere che venisse cassata siccome contraria, sotto diversi aspetti, alla costitutione fe-

derale. Le ragioni a cui s'appoggia il ricorso consistono essenzialmente a dire:

1° che la legge in querela urta contro l'art. 3 della convenzione 1° settembre 1884 e l'art. 50 al 4° della costituzione federale, perchè instituisce un nuovo vescovado;

2° che reintroduce (art. 2, 3, 4, 7 § 1, 18, 19, 23, 24, 28 e 36), contrariamente all'art. 58 della costituzione federale, la giurisdizione ecclesiastica;

3° che crea la mano-morta e coinvolge una offesa alla guarentia della proprietà, in quanto (art. 5 e 6) sottrae i beni ecclesiastici ai comuni politici per consegnarli alle parrocchie di nuova formazione;

4° che viola il principio della libertà di credenza e di coscienza (art. 49 della costituzione federale), in quanto priva ogni cittadino che esca dal grembo della Chiesa cattolico-romana del suo diritto di comproprietà sui beni ecclesiastici, e quello proclamato dall' art. 49 al. 6 ibidem, in quanto obbliga i comuni, senza distinguere se sieno composti di cattolici apostolici romani oppure di attinenti d'altre confessioni, a contribuire alla congrua;

5° che viola il disposto all'art. 51 della costituzione federale col riconoscere (art. 9) « a tutte le istituzioni e cause » pie appartenenti alla Chiesa cattolica la capacità giuridica;

6° che reca offesa ai diritti del popolo, e implicitamente anche alla costituzione federale, nel mentre spoglia i comuni del loro acquisito diritto alla nomina dei parroci;

7° che sanziona a danno dei comuni nei quali sussistono dei capitoli (art. 7), e per riguardo alla nomina così dei parroci come dei Consigli parrocchiali, un'eccezione alla regola generale, contraria al principio dell'uguaglianza instituito dall'art. 4° della costituzione federale;

8° che viola l'art. 43 della costituzione federale coll'attribuire al Consiglio di Stato la facoltà di decidere in ultima istanza, ad esclusione quindi del diritto di ricorso al Gran Consiglio ed alle autorità federali, le contestazioni relative all'esercizio del diritto di voto nelle assemblee parrocchiali, ecc. (art. 28);

9° che ristabilisce le viete immunità ecclesiastiche, in quanto abolisce le disposizioni del codice penale concernenti i reati dei ministri del culto e sopprime il placito governativo.

I ricorrenti invocano da ultimo, in modo speciale, gli art. 2 e 50 al. 2° della costituzione federale e dichiarano di voler abbandonare intieramente al libero apprezzamento delle autorità federali la soluzione del quesito, se la legge di cui si tratta, debba essere annullata nella sua totalità, perchè incompatibile con le nostre istituzioni, coi diritti dei cittadini e con quelli maestatici dello Stato, oppure se siano da cassare soltanto le singole disposizioni della medesima che il ricorso querela d'incostituzionalità, nel qual caso ciascuna delle due autorità, Consiglio e Tribunale federale, giudicherà su quelle che cadono — secondo lei — nella propria competenza.

C. A questo ricorso dichiararono di aderire in progresso di tempo presso il tribunale federale : le Municipalità di ventisei comuni (Lugano, Semione, Pontetresa, Gentilino, Berzona, Pazzallo, Biasca, Gresso, Arogno, Maroggia, Melano, Rovio, Brusino-Arsizio, Novazzano, Brissago, Morcote, Chiasso, Cavagnago, Medeglia, Mergoscia, Mairengo, Someo, Bosco, Comologno, Viganello, Novaggio), quarantadue cittadini di Loco, centotrentacinque d'Intragna e centotredici di Locarno, le società : la *Ticinese*, di San Francisco ; *Guglielmo Tell*, di Londra ; la *Franscini*, di Parigi.

D. Nella sua memoria responsiva del 15 ottobre 1886, il sig^r. professore D^re K. P. König, di Berna, formolava — per incarico del governo ticinese — le seguenti conclusioni :

1° Non potere il tribunale federale entrare nel merito del ricorso : *a*) perchè i ricorrenti non aveano veste per insinuarlo ; *b*) perchè manca in casu il primo estremo della proponibilità di un gravame di diritto pubblico, ossia l'*ordinanza* di un' autorità cantonale contro cui sia diretto ; *c*) perchè l'inoltro del ricorso non ebbe luogo entro il termine legale dei sessanta giorni.

2° Dovere il tribunale federale, subordinatamente, respingere il ricorso siccome privo di fondamento.

E. Sotto la data dell'8 febbraio ultimo scorso, il Consiglio di Stato del cantone Ticino insinuava una protesta di ventinove cittadini del comune di Bosco, in Vallemaggia, « in » favore della legge di cui si ragiona e contro l'adesione di » quel Municipio al ricorso Stoppani e consorti. »

F. Le disposizioni della legge 28 gennaio, 21 marzo 1886, contro le quali il ricorso è più specialmente diretto, sono del tenore seguente :

Art. 1°. Le parrocchie ticinesi sono poste sotto l'amministrazione d'un Ordinario proprio.

Art. 2°. L'Ordinario (ora Amministratore apostolico) esercita la sua spirituale giurisdizione in tutto il territorio del cantone.

Art. 3°. Il medesimo ha piena libertà nella scelta del suo vicario e del personale della sua cancelleria, nella pubblicazione delle sue lettere pastorali e degli altri atti riferentisi al suo spirituale ministero.

Egli ha del pari piena libertà di prescrivere pubbliche preci ed altre opere pie, di ordinare sacre processioni, di regolare i funerali dei cattolici e tutte le altre funzioni religiose.

Egli è pure completamente libero in tutto ciò che riguarda la fondazione, l'ordinamento, l'istruzione e l'amministrazione del seminario o seminarii del cantone, e però di nominare e rimovere i direttori, superiori e professori di tali istituti.

A lui spetta la scelta dei libri di testo per l'insegnamento della religione cattolica e quella dei catechisti che la debbono insegnare.

A lui solo è demandata la sorveglianza sul clero, in tutto ciò che si attiene alle cose ecclesiastiche.

In generale, l'Ordinario potrà comunicare liberamente col suo clero e popolo, e questi potranno liberamente comunicare con lui.

Art. 4°. Nessun membro del clero potrà essere posto in istato d'accusa o processato presso i poteri civili, per qualsiasi causa che si riferisca alla prestazione od al rifiuto di atti del sacro ministero od alla legittima libertà dell'esercizio di questo; nè gli si potrà infliggere pena o multa qualsiasi, se non per crimini, delitti o trasgressioni comuni, e sempre colle guarentigie e nelle forme volute per gli altri cittadini.

Quando un sacerdote sia riconosciuto colpevole, non potrà essere assoggettato ad altre pene, fuorchè a quelle risguardanti la sua qualità di cittadino.

Ogni volta che un membro del clero verrà arrestato o posto in istato d'accusa, l'Ordinario ne sarà informato dalla competente autorità, per quei provvedimenti d'ordine spirituale che fossero richiesti dalle circostanze.

Art. 5°. Le parrocchie e vice parrocchie attualmente esistenti e quelle che venissero in seguito istituite in conformità della presente legge, sono dichiarate come corpi morali.

Art. 6°. Sono parrocchiali, salvi i diritti acquisiti:

a) I beni di congrua e le chiese parrocchiali e vice-parrocchiali;

b) I beni di fabbricerie destinati alla conservazione e servizio delle chiese parrocchiali e vice-parrocchiali.

Art. 7°. La nomina ai benefici parrocchiali e vice-parrocchiali in quelle parrocchie che non sono affidate ai capitoli, è fatta dall'Assemblea parrocchiale a maggioranza di voti di tutti i cittadini cattolici apostolici romani, componenti la parrocchia o vice-parrocchia ed aventi diritti di voto, presenti in assemblea.

§ 1. I benefici capitolari sono conferiti a norma delle leggi e decreti ecclesiastici.

§ 2. I diritti dei patroni sui benefici di *jus patronato* privato, sono mantenuti.

§ 3. Nessun eletto potrà entrare in possesso od assumere la direzione di una parrocchia o vice-parrocchia, senza aver prima adempito a quanto prescrivono le leggi ecclesiastiche.

Art. 8°. L'Ordinario ha l'esclusivo diritto di provvedere

interinalmente ai benefici vacanti, in cura d'anime, fino alla nomina definitiva del titolare.

Gli economi spirituali da lui nominati entreranno immediatamente nell'esercizio delle loro funzioni e, risiedendo in luogo, avranno diritto alla porzione dell'intera congrua del beneficio, in ragione del tempo durante il quale avranno esercitato il loro officio.

L'economo spirituale o delegato ad assistere interinalmente una parrocchia o vice-parrocchia vacante, che non potesse risiedere in essa od avesse già nella stessa altro beneficio, avrà diritto a percepire sulla congrua parrocchiale o vice-parrocchiale un equo compenso, che sarà determinato dall'Ordinario, sentito il Consiglio parrocchiale.

Art. 9°. E riconosciuta la capacità giuridica di tutte le istituzioni e cause pie appartenenti alla Chiesa cattolica, nei limiti e sotto le garanzie delle vigenti leggi.

Art. 10. Tutte le chiese, oratorii, luoghi e beni sacri sono posti sotto la sorveglianza dell'Ordinario. Quando si tratti di beni destinati a pubblico uso, nessuna soppressione od alienazione o commutazione degli stessi, o distrazione ad altro uso, fosse pure anche dei soli frutti, non potrà farsi senza l'assenso dell'autorità ecclesiastica.

Art. 18°. Sono di competenza dell'Assemblea parrocchiale :

a) la nomina del parroco o vice-parroco ;

b) la nomina del Consiglio parrocchiale, tenendo calcolo di quanto è disposto all'art. 13 ;

c) La alienazione o commutazione di beni stabili appartenenti alle chiese parrocchiali o vice-parrocchiali ;

d) Le deliberazioni relative ad intraprendere o stare in lite ; a contrarre debiti od altre obbligazioni, con o senza ipoteca, a carico dei beni parrocchiali o vice-parrocchiali ;

e) L'esame ed approvazione annuale dei conti della parrocchia.

§ 1. Qualunque risoluzione riferentesi alle disposizioni delle lettere *c* e *d* di questo articolo è nulla, senza il consenso dell'Ordinario o suo delegato.

Art. 19°. I conti della parrocchia sono pure trasmessi, anno per anno, all'Ordinario, per la sua approvazione.

Art. 22°. Le precedenti disposizioni non sono applicabili ai beni delle parrocchie affidate ai capitoli, i quali li amministrano e ne dispongono in conformità del loro istituto.

Art. 23°. Le confraternite e le altre pie associazioni canonicamente istituite, amministrano liberamente i loro beni sotto la sorveglianza dell'Ordinario o suo delegato, a cui daranno annuo resoconto della loro amministrazione e dello adempimento degli oneri su quella gravitanti.

Art. 24°. In nessun caso, gli avanzi o giacenze di prodotti destinati al culto potranno essere convertiti ad altro uso nè pubblico nè privato, senza il consenso dell'Ordinario.

Art. 27°. In quelle parrocchie o vice-parrocchie dove la congrua o le spese di culto sono fornite in tutto od in parte dal comune, restano in vigore le convenzioni o consuetudini attualmente esistenti a tale riguardo, riservate le disposizioni dell'art. 49 della costituzione federale.

Art. 28°. Le contestazioni relative all'esercizio del diritto di voto nelle assemblee parrocchiali, alla loro convocazione e tenuta alle loro deliberazioni, saranno decise dal commissario di distretto, salvo appello al Consiglio di Stato, colle norme stabilite per le cause di amministrativo non contenzioso.

Quelle relative all'esercizio del culto, sono di competenza dell'Ordinario.

Art. 29°. Le autorità civili presteranno, se richieste, il loro appoggio alle autorità ecclesiastiche, perchè l'ordine non sia turbato durante le sacre funzioni, nè sieno impediti i pastori della chiesa ed i sacri ministri nell'adempimento dei loro doveri, e perchè sieno eseguite le disposizioni dell'autorità ecclesiastica, prese in conformità della presente legge.

Art. 36°. L'amministrazione dei benefici vacanti in cura d'anime sarà tenuta dal Consiglio parrocchiale, che dà i conti al delegato dell'Ordinario ed all'assemblea parrocchiale.

§ 1. Le prebende canonicali vacanti saranno amministrate

dal capo del collegio capitolare, che ne darà conto all'Ordinario ed al capitolo.

§ 2. Se il beneficio vacante è di jus patronato privato, l'amministrazione è gerita dai patroni, che ne daranno conto all'Ordinario.

Art. 37°. Per la presente legge cessano di avere vigore, unitamente a tutte le leggi, decreti e ordinanze in contraddizione colla medesima :

a) le seguenti disposizioni del codice penale :

Il n° 8 dell'art. 25, il § 2 dell'art. 101 ed il § 2 dell'art. 131 ;

la parola — « ecclesiastica » — del § 1° dell'art. 27, e le parole — « i ministri del culto » — dell'art. 134 ;

tutto il capo V° del titolo III°, libro 2° del detto codice ;

b) la legge civile-ecclesiastica del 23 maggio 1855 ;

c) le seguenti disposizioni della legge organica comunale ;

Il lemma 2° dell'art. 2 ; l'art. 37 ; la parola — « sacristani » — dell'art. 52 ; la lett. *a*) del n° VIII dell'art. 73 ; le parole — « e l'impedire la celebrazione di feste od altre funzioni non autorizzate » — della lett. *c*) del detto n° VIII dell'art. 73 ; la lett. *i*) dell'art. 80 ; la lett. *c*) dell'art. 133 ; meno le parole — « orologi e campisanti ; » — la lett. *c*) dell'art. 149, e la parola — « o benefici » — della lett. *e*) del detto articolo. »

Premessi, in linea di fatto e di diritto, i seguenti ragionamenti:
Sulle eccezioni d'ordine :

1° Il governo convenuto impugna la ricevibilità dell'avanzato ricorso innanzitutto per la ragione che s'indirizza contro una *legge* emanata dall'autorità legislativa e dal popolo accettata. Una legge, esso dice, non contiene la decisione di un singolo caso, ma una *norma generale*, la quale non cresce in cosa giudicata anche quando non sia stata fatta — durante i sessanta giorni — l'oggetto di un gravame, perocchè sebbene la legge — come tale — sia rimasta inoppugnata, le *singole applicazioni* della medesima possono

querelarsi invece in ogni tempo; una legge quindi non può essere considerata come una di quelle *ordinanze* di autorità cantonali, contro le quali soltanto possono venire diretti i ricorsi di diritto pubblico che il tribunale federale è, giusta l'art. 59 della legge sull'organizzazione giudiziaria federale, chiamato a giudicare.

Senonchè il tribunale federale ha già riconosciuto a più riprese, doversi ritenere comprese nel vocabolo *ordinanze* (Verfügungen, décisions) di cui si serve il citato articolo 59, anche le leggi cantonali, e vi ha tanto minor motivo di staccarsi da cosiffatta interpretazione, in quanto, per una parte, sia notorio che già prima del 1875, il Consiglio e l'Assemblea federale hanno consentito ad occuparsi di ricorsi diretti contro leggi cantonali per titolo d'incostituzionalità delle stesse e, d'altra parte, non s'incontri nella legge organico-giudiziaria assolutamente nulla che accenni a cambiamento di sorta in argomento, e specie all'intenzione di limitare il diritto di ricorso alle decisioni di autorità cantonali nei casi concreti di contestazione; non cade poi dubbio intorno a ciò che l'autorità legislativa appartiene essa pure al novero di quelle che il ripetuto articolo 59 menziona.

È bensì vero che nel linguaggio ordinario la parola « ordinanze » non suol essere estesa eziandio alle *leggi*, ma non può negarsi neppure che la sua comprensione nel senso generale di qualsivoglia « emanazione » di un'autorità non fa necessariamente violenza al di lei naturale significato ed ha per sè, oltre alla già mentovata pratica, anche il testo dell'art. 113, n° 3 della costituzione federale, a tenor del quale il tribunale federale è chiamato in genere a giudicare sui ricorsi per violazione di diritti costituzionali dei cittadini, come pure su quelli di privati per violazione di concordati e di trattati.

La sollevata eccezione si appalesa di conseguenza, per ciò che riguarda gli estremi della obbiettiva ammissibilità del ricorso, come non giustificata. Relativamente invece alla legittimazione personale dei ricorrenti importa sicuramente, quando il riclamo sia diretto contro una *legge*, che i ricor-

renti stessi, siano poi persone private o corporazioni, alleghino di essere essi medesimi intaccati direttamente da questa legge nei loro diritti costituzionali. Non può quindi bastare che si asseveri, essere tale violazione destinata, per avventura, ad avverarsi più tardi, cioè quando ricorrano fatti e circostanze, il realizzarsi dei quali è, per lo meno rispetto al tempo, incerto affatto. Ma converrà per ogni singolo capo di gravame, il quale cada nella competenza della Corte, ricercare: se le disposizioni della legge, contro cui è rivolto, violino già ora, come fu detto, e direttamente, dei diritti costituzionali dei ricorrenti.

2° Entro questi limiti e sotto la prefata riserva i ricorrenti vogliono essere considerati come autorizzati a sporgere l'avanzato riclamo ed è quindi mestieri scartare anche la seconda eccezione preliminare del governo convenuto, che alla veste processuale dei medesimi si riferisce. Se non può mettersi in dubbio che il « Comitato dell'associazione patrio- » tica liberale ticinese, » nel cui nome il ricorso fu introdotto, non costituisce manifestamente nessuna persona giuridica nè corporazione a sensi dell'invocato art. 59 della legge sull'organizzazione giudiziaria federale, e che la legge in querela non tocca per nulla ai diritti nè del comitato, nè dell'associazione come tale, — non può d'altro canto neppure contestarsi che i signori de Stoppani, Simen e Bruni, quali cittadini del cantone Ticino, e in quanto alleghino essere i *loro proprî* diritti costituzionali dalla ripetuta legge offesi, sono personalmente autorizzati a chiedere che l'autorità federale assuma il ricorso, a riguardo loro, in esame.

3° Fondata, per converso, appare senz'altro la terza eccezione, della *tardività*, in quanto essa concerna le così dette « dichiarazioni di adesione » da parte di Municipii, di privati e di società, le quali furono tutte prodotte assai tempo dopo trascorso il termine dei sessanta giorni dalla entrata in vigore o rispettivamente dalla publicazione dell'impugnata legge, e cioè a partire dal 13 luglio 1886 soltanto. Cosiffatte dichiarazioni non sono invero da considerarsi come altrettanti « interventi accessorii, » perchè non soddisfanno punto

alle condizioni pei medesimi richieste, ma si appalesano piuttosto come delle dichiarazioni indipendenti di ricorso che si associano, così nelle conclusioni come nella motivazione loro, al riclamo originario dei signori Stoppani e consorti. Il fatale dei sessanta giorni vale dunque anche per esse, e poichè non venne osservato, il tribunale deve necessariamente respingerle senz'altro.

4° Alquanto dubbia si presenta la quistione relativamente al ricorso dei signori Stoppani, Simen e Bruni. La legge in parola, accettata dal Gran Consiglio il 28 gennaio e dal popolo del cantone Ticino il 21 marzo del 1886, fu pubblicata nel foglio officiale ticinese del 26 stesso marzo; il ricorso all'incontro venne consegnato all'officio postale di Bellinzona soltanto il 27 del successivo maggio, ovverosia nel 62mo giorno dalla pubblicazione della legge contro cui era diretto. Senonchè, con apposita memoria del 2 novembre p°. p°., in risposta alla mossa eccezione, i ricorrenti espongono sull'argomento quanto segue:

« La legge 28 gennaio 1886 non viola soltanto i diritti individuali dei cittadini, ma eziandio e sopratutto delle disposizioni costituzionali sancite a tutela di un interesse d'ordine pubblico, epperò il fatale dei sessanta giorni non le può essere, giusta la pratica costante del tribunale federale (v. le sentenze nelle cause Bühler-Gmür, Graf, de Pury e Arnold), applicato. E lo potesse anche in tesi generale, non lo potrebbe nel caso particolare in presenza delle disposizioni legislative ticinesi che governano la pubblicazione delle leggi. Per l'art. 2 del codice civile, difatti, « una legge non è operativa se non dopo la sua promulgazione, » e l'art. 2 della legge 2 giugno 1843 (confermato nell'art. 7 del regolamento 24 dicembre 1850) designa quale organo di pubblicazione il *foglio officiale*, mentre per l'art. 8 lett. *a* del dianzi citato regolamento le Municipalità hanno l'obbligo di far affiggere il *foglio officiale* nel giorno festivo più vicino. Ora il foglio officiale del 26 marzo 1886 non potè, a causa della ricorrenza — nel 25 d°. — della festa della Madonna (nel qual giorno gli operaj della tipografia cantonale non lavorano), venir consegnato

ella posta di Bellinzona se non la sera del 27, e siccome il 28 cadeva in domenica, così la sua distribuzione in tutti i comuni potè operarsi soltanto il 29 o il 30 marzo. Giusta le surriferite disposizioni di legge e regolamento l'affissione non ha dunque potuto avverarsi in tutto il cantone se non il 4 aprile (giorno festivo più vicino) e il termine dei sessanta giorni vuol essere calcolato solamente a datare da quest' ultimo giorno. »

Codesta argomentazione non può essere in ogni suo punto accolta. Non lo può essere segnatamente per ciò che riguarda la prima parte desunta dalla natura ossia dall'obbiettivo della legge in contestazione, e consistente a dire che l'inoltro del ricorso contro questa non era punto vincolato al fatale dei sessanta giorni in parola, attesochè quand'anche si volessero fare in concreto delle eccezioni analoghe a quelle ammesse nelle invocate sentenze di cui sopra, rispetto ai ricorsi Bühler-Gmür, Graf, de Pury e Arnold, non ricorrerebbero nel caso di cui si tratta le condizioni di fatto e di diritto a tal uopo indispensabili. La rejezione del discorso diretto contro la legge come tale, non toglie invero che se ne possano querelare dappoi le singole applicazioni pratiche, ed è chiaro che i diritti costituzionali dei cittadini sono bastevolmente salvoguardati, quando a quest'ultimi si conceda di ricorrere al tribunale federale e contro la legge stessa entro i sessanta giorni dalla sua publicazione e contro la sua pratica applicazione nei casi concreti in ogni tempo avvenire, senza distinguere se i loro gravami s'indirizzino o no contro la legge istessa. — Non lo può essere, del pari, in quanto faccia coincidere il principio del termine dei sessanta giorni coll' epoca alla quale la legge diventa, secondo il diritto cantonale, *operativa*, A tenore dell'art. 59 della legge organico-giudiziaria, ciò che fa stato e regola per l'inizio di detto termine è piuttosto la promulgazione, la divulgazione in genere, della legge, beninteso però nel senso che laddove la pubblicazione si operi al mezzo di un « foglio officiale, » non si avrà riguardo alla data che porta il numero in quistiono di esso foglio, sibbene al giorno della sua effettiva distribuzione, ovverosia a quello

nel quale il foglio è giunto a cognizione dei cittadini o poteva giunger loro nelle circostanze normali del servizio postale. — Ora, siccome la direzione del circondario postale di Bellinzona certifica in atti, essere stato il foglio officiale del 26 marzo 1886 consegnato a quell'officio la sera del 27, è giocoforza ammettere che la sua distribuzione ai destinatarî avvenne soltanto l'indomani, 28 marzo, e poichè da questo medesimo giorno si deve far decorrere il principio del termine dei sessanta giorni, ne viene che il ricorso affidato alla posta il 27 maggio successivo è da ritenersi inoltrato in tempo utile.

5° Convien quindi ricercare se e fin dove la disamina del merito del ricorso *competa* al tribunale federale, ed a questo proposito è da rimarcare che i ricorrenti non si sono punto pronunciati intorno alla competenza, ma limitati ad inoltrare una identica memoria e presso il consiglio e presso il tribunale federale, con cui propongono: piaccia ad entrambe le autorità, per quanto riguardi ciascuna di esse, annullare come incostituzionali le segnalate disposizioni di legge. Dall'art. 59 della legge organico-giudiziaria federale risulta però a bella prima:

a) Cadere nella competenza del *Consiglio* anzichè in quella del tribunale *federale*, i gravami accampati dai ricorrenti in merito alla convenzione di Berna ed agli articoli 50 al. 4, 49 al. 2, 51 e 43 della costituzione federale e già enunciati più sopra ai n^ri^ 1°, 4°, 5° e 8° della lettere B del fattispecie;

b) Spettare invece al *Tribunale federale* il decidere intorno a quelli che riflettono: l'art. 58 della costituzione federale (abolizione della giurisdizione ecclesiastica), la guarentia della proprietà (che si assevera violata pel fatto della consegna dei beni ecclesiastici alle parrocchie), l'art. 49 al. 6 cit. (imposte sul culto), la privazione dei comuni del loro diritto di nomina dei parroci, l'eguaglianza dei comuni rispetto all'esercizio di questo medesimo diritto e di quello relativo all'elezione del Consiglio parrocchiale (art. 4 ib.), l'obbligo fatto alle autorità civili di prestare il loro appoggio alle autorità ecclesiastiche per l'esecuzione delle risoluzioni di que-

ste (art. 29 della legge) e infine l'abolizione di varii disposti del codice penale circa i delitti commessi da ministri del culto.

6° A dimostrare la fondatezza di cotale sceveramento, per ciò che risguarda la parte attribuita alle autorità politiche della Confederazione, giova porre segnatamente in rilievo: *che* l'art. 58 al. 4 della costituzione federale non appartiene al novero delle disposizioni costituzionali affidate alla protezione del tribunale federale, non garantendo esso nessun diritto costituzionale dei cittadini, ma unicamente le prerogative della Confederazione, in tema di libertà ecclesiastica, di fronte alla Santa Sede ed ai cantoni;

che la convenzione 1° settembre 1884, che il Consiglio federale ha evidentemente stipulato in virtù dell'attributo che l'art. 50 al. 4 della costituzione federale gli conferisce, non rientra nella categoria dei *Trattati* (coll'Estero), per la violazione dei quali i privati (art. 113, n° 3 della costituzione federale e 59 lett. *b* della legge organico-giudiziaria) possono ricorrere al tribunale federale, ma vuol essere, dietro quanto sopra ed in considerazione del suo contenuto (che non attribuisce diritti di sorta ai privati) esclusivamente dal Consiglio federale medesimo interpretata ed eseguita;

che le contestazioni relative all'art. 50 della costituzione federale sono espressamente riservate alla cognizione del Consiglio e dell'Assemblea federale (art. 59 lett. *b*, n° 6 della legge organico-giudiziaria);

che altrettanto vale eziandio rispetto all'art. 43 ibidem, circa il quale importa del resto rimarcare; che il querelato art. 28 della legge ecclesiastica, con cui le contestazioni relative all'esercizio del diritto di voto nelle assemblee parrocchiali si devolvono senza appello al Consiglio di Stato, regola e può regolare soltanto il diritto di ricorso alle autorità *cantonali*, mentre non vuole nè può limitare comechessia quello alle *federali* (che dipende naturalmente dalle sole norme della legislazione federale), e che i ricorrenti non allegano nessuna disposizione costituzionale alla quale siasi recato offesa coll'escludere in detto articolo (28) il riclamo al Gran Consiglio;

che ravvisando i ricorrenti nella disposizione della legge, la quale priva ogni cittadino che esca dal grembo della confessione cattolica del suo diritto di proprietà sui beni ecclesiastici, una *pena* incostituzionale, contraria cioè alla libertà di credenza e di coscienza, è d'uopo supporre aver essi avuto di mira il 2° lemma dell'art. 49 della costituzione federale, in forza del quale « nessuno può incorrere in *pena* di alcuna sorta a causa di opinioni religiose, » epperò di ricapo la violazione di una guarentia costituzionale la cui salvaguardia è affidata o risp. assoggettata ai poteri politici della Confederazione.

Sul merito :

7° I ricorrenti credono vedere una violazione dell'art. *58, al. 2° della costituzione federale,* ovverosia un ristabilimento dell'abolita giurisdizione ecclesiastica, nel disposto degli articoli 2, 3, 4, 7 § 1, 18, 19, 23, 24, 28 e 36 della legge in discussione ed espongono a conforto della loro opinione per sommi capi ciò che segue :

« E bensì vero che nel suo art. 2 la legge parla solo di *giurisdizione spirituale*, ma i poteri che il legislatore concede all'Ordinario vanno ben oltre i confini del dominio puramente spirituale. La convenzione di Berna fu più corretta nel porre le parrocchie ticinesi sotto l'*amministratione spirituale* dell'Amministratore apostolico. Qualsia giurisdizione ecclesiastica, chiamisi poi spirituale o civile, sacerdotale o laica, è sempre in urto coll'art. 58 cit., che non fa distinzione veruna fra le varie sorta della medesima. In diritto canonico, del resto, la giurisdizione spirituale non si riferisce soltanto al dogma, sibbene anche alla dottrina, alla disciplina ed alla morale. L'educazione, p. es., è, secondo la dottrina cattolica, un dovere ed un privilegio del clero ; il matrimonio è un sacramento e spetta di conseguenza al dominio esclusivo del prete ; l'esercizio del ministero ecclesiastico tocca eziandio alla polizia, all'igiene, al servizio militare, all'ordine pubblico ; la morale abbraccia tutti i rami della legislazione, il codice civile e penale tutte le istituzioni. Laonde la giurisdi-

zione spirituale permetterà al clero d'immischiarsi in tutto quanto concerne il matrimonio, il divorzio, l'educazione, i funerali, il lavoro dominicale, la vendita di libri, quella della carne nei giorni di magro, — nella votazione su tutte le leggi che toccano davvicino o da lontano ai privilegi che il clero cattolico pretende avere, ecc.

» L'art. 2 cit. è tanto più pericoloso in quanto è seguito da un altro (art. 4) che assicura al clero l'impunità per tutti i suoi atti risguardanti « la legittima libertà nell'esercizio del suo sacro ministero, » ed in quanto per l'art. 3 ib. l'Ordinario ha piena libertà nella publicazione delle sue lettere pastorali e degli altri atti riferentisi al suo spirituale ministero. — Segnatamente oltre i confini del dominio puramente spirituale va il disposto del § 1° dell'art. 7, guista il quale « i benefici capitolari sono conferiti a norma delle *leggi e decreti ecclesiastici*, » mentre è noto che nella Svizzera nessuna legge e nessun decreto ecclesiastico può essere applicato quando non sia conforme alla costituzione ed alle leggi civili ; i benefici capitolari sono beni e diritti la cui trasmissione non può farsi se non alla stregua delle disposizioni del codice delle obligazioni o delle leggi discusse e votate dalle autorità legislative dei cantoni. — E altrettanto sia detto circa l'art. 18 ib. in forza del quale « la alienazione o commutazione di beni stabili appartenenti alle chiese parrochiali o vice-parrocchiali, le deliberazioni relative ad intraprendere o stare in lite, a contrarre debiti o altre obbligazioni, con o senza ipoteca, a carico dei beni parrocchiali o vice-parrocchiali, » abbisognano del consenso dell'Ordinario o suo delegato, — circa gli art. 19, 23, 24 e 36 che assoggettano i conti annuali delle parrocchie all'approvazione dell'Ordinario e vietano che « gli avanzi o giacenze di prodotti destinati al culto vengano, senza il consenso di lui, convertiti ad altro uso nè publico nè privato » — e infine circa il 2° lemma dell'art. 28, a tenor del quale « le contestazioni relative all'esercizio del culto sono di competenza di detto Ordinario. »

In realtà, tuttavia, la supposta violazione non esiste punto. E dal contesto della stessa legge e da quello della risposta

governativa al ricorso appare invero, non significare la querelata espressione di « giurisdizione ecclesiastica » altra cosa fuorchè appunto l'equivalente di quella, certamente più esatta, adoperata nella convenzione di Berna. È noto che il criterio canonico della giurisdizione comprende in una e l'amministrazione e la giurisdizione propriamente detta e non può dirsi quindi con fondamento di ragione che coincida con quello della « giurisdizione ecclesiastica, » a sensi dell'invocato art. 58 al. 2° della costituzione federale. Tanto la genesi di questa disposizione costituzionale, quanto il posto assegnatole nel sistema del patto federale, ossia l'immediato suo collegamento con la garanzia del giudice costituzionale, ed il raffronto della medesima con quella dell'art. 49 e seguenti ibidem, dimostrano all'evidenza non potersi intendere per la giurisdizione ecclesiastica abolita dal ripetuto art. 58, al. 3° se non « l'*amministrazione ecclesiastica della giustizia*, » che è quanto dire la potestà penale e la giurisdizione civile che la chiesa vorrebbe avocare a sè ed esercitare sopra casi litigiosi considerati dall'autorità dello Stato — in antitesi, è vero, col diritto canonico — come vertenze dell'ordine *laico*. (sentenza del tribunale federale nella causa della parrocchia cattolica di Lucerna, Racc. off. IV, p. 510.) Nulla prova invece che la legge ticinese ond'è ricorso estenda il concetto della *giurisdizione* al di là dei limiti consentiti dal mentovato art. 58 al. 2°, che cioè non contempli come tale soltanto l'*amministrazione* ecclesiastica, ma voglia dichiarare le autorità ecclesiastiche o rispettivamente l'Ordinario competenti eziandio per l'esercizio della giurisdizione contenziosa rispetto a qualsivoglia litigio privato o caso penale ordinario, che formano per loro natura l'oggetto di un giudiziario procedimento, e non solo relativamente a quelle vertenze che anche la legislazione laica (specie l'art. 58 al. 2 della costituzione federale) considera come di ordine puramente chiesastico. Segnatamente non può dirsi che le singole disposizioni accennate dai ricorrenti mirino ad introdurre nel Ticino una siffatta incostituzionale giurisdizione. Tutte conferiscono all'Ordinario determinati, se anche molto estesi, attributi d'am-

ministrazione e di vigilanza, ma nessuna di esse lo autorizza ad inquisire o a pronunciare in casi litigiosi (civili o penali), compresivi quelli di genere matrimoniale. L'abolizione del placito governativo per le pastorali, ecc., i prescritti relativi alla trasmissione dei benefici capitolari, il diritto di sorveglianza e approvazione dell'Ordinario in merito alle risoluzioni delle assemblee parrocchiali circa l'amministrazione dei beni ecclesiastici, l'alienazione dei medesimi, il condurre liti a riguardo loro ed all'impiego degli avanzi di prodotti destinati al culto, la facoltà di pronunciare sulle contestazioni relative all'esercizio del culto, non hanno che fare coll'art. 58 al. 2° dalla costituzione federale, perchè quivi non si tratta punto di casi (civili e penali) litigiosi, i quali possano formare l'oggetto di civile o penale procedimento. E quanto al sapere se le competenze conferite dalla legge all'ordinario o risp. l'abuso delle medesime, p. es. in quanto riguarda il § 2° dell'art. 18, urti per aventura contro altre disposizioni della costituzione federale o cantonale, non è quistione da esaminarsi in questa sede di giudizio, attesochè nè il ricorso nè l'incarto in genere della causa vi diano argomento.

8° Relativamente al secondo gravame dei ricorrenti che risguarda : *a*) *l'istituzione della così detta mano-morta* e *b*) l'asserta *restrizione della proprietà*, ossia il fatto dell'avere la legge dichiarato beni della chiesa dei beni appartenenti finora ai comuni politici e trasferito i medesimi in potere delle parrocchie (erette in persone giuridiche) che non li possono alienare senza il consenso dell'Ordinario, gioverà osservare :

Ad *a :* che i ricorrenti stessi non hanno fatto appello a qualsiasi disposizione costituzionale, la quale proibisca, nel cantone Ticino, di vincolare l'alienazione di pubblici beni comunali (di qualunque sorta o ecclesiastici soltanto) all'autorizzazione per parte delle superiori autorità dello Stato o della chiesa, e non hanno nemmeno asserito che la costituzione ticinese guarantisca in genere la libera alienabilità dei pubblici beni (o per lo meno di quelli ecclesiastici da parte dei comuni) o richiegga per essa unicamente il consenso

delle autorità laiche. Si sa d'altro canto che simili restrizioni al diritto d'alienazione di pubblici beni esistono anche in altri cantoni svizzeri e trovano la loro ragione di essere nella destinazione di detti beni.

Ad *b*: che i ricorrenti non hanno legittima veste per sporgere querela in argomento, che una simile questione non può, del resto, proporsi al mezzo di un ricorso di diritto pubblico e infine che i formolati gravami non incontrano nella legge appoggio di sorta. La legge in parola riserva esplicitamente nel suo articolo 6° i *diritti acquisiti* ed è chiaro che il quesito: se a certi comuni o privati spettino dei diritti acquisiti sui beni che la legge stessa attribuisce come beni ecclesiastici alle parrocchie, non può essere risoluto se non *in una causa civile*, nella quale i comuni medesimi o privati si presentino come *parti litiganti*.

9° Contro l'attendibilità del terzo gravame desunto dai combinati articoli 27 della legge e 49 al. 6° della costituzione federale, ossia da una pretesa violazione di questo per opera di quello, per la ragione che il primo *astringe* i comuni, senza distinguere se siano composti di cattolici-romani o di attinenti d'altre confessioni, a corrispondere anche in futuro le quote di congrua che prestarono fin qui *di loro spontanea volontà*, — parla bastevolmente l'aggiunta di esso art. 27 nella quale sono espressamente « riservate » le disposizioni dell'art. 49 cit. Nè vale il dire, come fanno i ricorrenti, che siffatta riserva non basta per ciò che il legislatore ticinese consideri tali quote come altrettante imposte. Prescindendo anche dal riflesso che dalla legge in querela non appare in nessun modo avere avuto il legislatore ticinese l'intendimento d'interpretare il riservato disposto della costituzione federale (art. 49 al. 6°) diversamente da quanto il legislatore e le autorità federali richieggano, — gli attinenti di altre associazioni religiose, che si volessero costringere in futuro, malgrado quella riserva ed in urto col prefato disposto federale, a participare direttamente o indirettamente al pagamento delle spese del culto delle parrocchie ticinesi, potranno invocare in ogni tempo l'intervento di questa corte. A quest'ora,

d'altronde, non si verificano punto nel fattispecie, massime riguardo ai ricorrenti, gli estremi di una tale supposizione.

10° Inesatto in fatto è il lamento dei ricorrenti relativo al *diritto di nomina dei parroci*, quand'essi dicono che la legge ha *tolto* questo diritto a *tutti* i comuni del cantone, chè anzi, ad eccezione delle sole parrocchie affidate ai capitoli (art. 7) essa lo lascia loro in termini espressi. Vero è bene che nel richiedere per la validità della nomina « l'approvazione dell'Ordinario, » coll'attribuire a questi (art. 8) « l'esclusivo diritto di provvedere interinalmente ai benefici vacanti in cura d'anime fino alla nomina definitiva del titolare » e coll'abbandonare agli economi spirituali da lui nominati le congrue pro tempore del relativo beneficio, la legge medesima ha essenzialmente ridotto — in confronto delle anteriori — la effettiva importanza di simile attributo dei comuni. Ma poichè nè la costituzione cantonale nè la federale non contengono disposizioni di sorta, le quali restringano al riguardo la potestà del legislatore e poichè, d'altro lato, non può qui essere parola di veri diritti *acquisiti* dei comuni, il ricorso non può venire nemmeno da questo punto di vista accolto. E da notarsi, del resto, che vi hanno anche dei cantoni, e persino protestanti, nei quali il diritto d'elezione dei parroci non appartiene ai comuni e che l'argomentazione dei ricorrenti consistente a dire, dovere le autorità federali riconoscere e proteggere codesto diritto originario, naturale e inalienabile del popolo, quand'anche non sia dalla costituzione esplicitamente guarantito, non trova nello stato attuale del pubblico diritto svizzero nessun appoggio nè conforto.

11° Alla presa in considerazione della successiva querela, che consiste a vedere una violazione dei diritti del popolo e della costituzione federale nel disposto della legge che conferisce, nelle parrocchie (di Lugano, Locarno, Bellinzona e Balerna) affidate a capitoli, all'autorità ecclesiastica, anzichè ai comuni, il diritto di nomina del parroco e del consiglio parrocchiale, ed al capitolo rispettivo quello di amministrare i beni ecclesiastici, sta contro di ricapo il riflesso già esposto sotto lettera *b* del considerando 8°, conciossiachè la legitti-

mazione a sporgere riclamo in argomento non competa ai ricorrenti, sibbene — in prima linea almeno — ai comuni medesimi che si asseverano pregiudicati nei loro diritti. Nè fa mestieri in concreto caso d'indagare se, qualora in detti comuni la maggioranza avesse digià acquiescito alle impugnate disposizioni di legge, una eventuale minoranza avrebbe ancora il diritto di ricorrere contro queste al tribunale federale, poichè i comuni medesimi non si sono in realtà ancora pronunciati su tale proposito e poichè d'altra parte non si rileva dagli atti che i ricorrenti o singoli fra essi vi appartengano, mentre fu già detto che si presentano e ricorrono unicamente nella loro qualità di delegati del « Comitato liberale cantonale » e di cittadini ticinesi in genere. È noto, del resto, che tali rapporti sono riconosciuti anche in altri cantoni, dove sussistono capitoli (di cattedrali, ecc.) di simil genere (V. la sentenza già citata del 7 dicembre 1878 a pag. 505, vol. IV Racc. offic., e l'opera di Gareis e Zorn, « Staat und Kirche in der Schweiz, » vol. I° pag. 474 ss.)

12° I ricorrenti si lagnano infine delle disposizioni degli art. 29 e 37 della legge 21 marzo 1886 che obbligano « le autorità civili, se richieste, a prestare il loro appoggio alle ecclesiastiche, affinchè l'ordine non sia turbato durante le sacre funzioni nè siano impediti i pastori della chiesa ed i sacri ministri nell'adempimento dei loro doveri, e perchè siano eseguite le disposizioni dell'autorità ecclesiastica, prese in conformità della presente legge, » e tolgono vigore ad una serie di prescritti del codice penale che contemplano in modo particolare gli atti dei ministri del culto. Essi non indicano però nessun disposto della costituzione federale o cantonale, il quale debba ritenersi dalle medesime violato, e non avrebbero neppure, per ciò che risguarda segnatamente l'art. 37 cit., potuto farlo, attesochè nessuna costituzione richiegga pene speciali per i ministri del culto, nè proibisca che questi vengano al comune diritto assoggettati. Richiamano invece l'art. 2 della costituzione federale, giusta il quale « la Lega ha per iscopo di sostenere l'indipendenza » della patria contro lo straniero, di *mantenere la tranquil-*

» *lità e l'ordine nell'interno, di proteggere la libertà e i di-*
» *ritti dei Confederati* e di *promuovere la loro comune pro-*
» *sperità,* » per inferirne la necessità d'un intervento federale contro la entrata in vigore di una legge « che offende appunto le libertà ed i diritti dei Confederati » e « compromette » anzichè promuovere, « la comune prosperità » nel Ticino. Ma siccome pei combinati articoli 113 della costituzione federale e 59 della legge organico-giudiziaria il tribunale non è tenuto a proteggere i diritti dei Confederati, se non in quanto questi siano « garantiti o dalla costituzione » federale e dalle leggi relative alla sua esecuzione, o dalla » costituzione del loro cantone » e le contestazioni di cui si tratta non siano demandate al giudizio delle autorità politiche della Confederazione, — così la semplice invocazione del riferito art. 2 non basta a giustificare presso il tribunale federale l'inoltro di un ricorso di diritto pubblico. Occorre, cioè, per di più, che sia dimostrato, essersi fatto violenza nel caso particolare ad un diritto costituzionale che il patto federale o cantonale esplicitamente guarentiva; la qual' cosa i ricorrenti non hanno, — rispetto ai mentovati art. 29 e 37 della legge, — neppur tentato di fare. Che se l'art. 29 cit. volesse, in progresso di tempo, venir interpretato e applicato per modo da rendere il suo contesto o meglio l'attuazione di lui inconciliabile col tenore dell'art. 49 della costituzione federale o di altre disposizioni costituzionali, è manifesto, e fu già osservato più sopra, che la parte lesa conserverà pur sempre e intatta la facoltà d'invocare a sua protezione la competente autorità federale.

Per tutti questi motivi,

Il Tribunale federale

pronuncia:

Il ricorso dei signori de Stoppani, Simen e Bruni, in quanto la sua disamina cada, a sensi dei suesposti ragionamenti, nella competenza del tribunale federale, è respinto come privo di fondamento.

V. Arreste. — Saisies et séquestres.

24. Urtheil vom 22. April 1887 in Sachen Habermacher.

A. Am 28. August 1886 hatten Geschäftsagent J. Halter in Eschenbach und Negoziant Müller daselbst, letzterer als Vormund der Gebrüder Anderhub, für eine Prozeßkostenforderung von 222 Fr. 75 Cts. an Frau Regina Widmer geb. Habermacher, wohnhaft in Cham, beim Gerichtspräsidenten von Hochdorf einen Arrest auf väterliches Erbguthaben der Schuldnerin (bestehend in einem Antheil an einem auf der Liegenschaft des J. G. Dommann im Moos, Gemeinde Hohenrain, haftenden Titel) ausgewirkt. Ein hiegegen von der Regina Widmer an das Bundesgericht gerichteter Rekurs wurde am 22. Oktober 1886 abgewiesen. Es wurde daher vom Gerichtspräsidenten von Hochdorf die Versteigerung des verarrestirten Erbguthabens angeordnet und ausgekündet. Gegen die Versteigerung erhob nun aber der Bruder der Regina Widmer-Habermacher, Josef Habermacher in Cham, Einsprache, mit der Behauptung, das verarrestirte Guthaben gehöre ihm, da es ihm von der Regina Widmer-Habermacher am 4. Januar 1885 eigenthümlich abgetreten worden sei. In Folge dieser Einsprache wurde die Versteigerung sistirt und erhoben die Arrestnehmer am 5. Januar 1887 beim Bezirksgerichte Hochdorf eine „Arrestklage" gegen J. Habermacher, in welcher sie beantragten, der Arrest sei als wohl gelegt gerichtlich zu beschützen und die vom Beklagten erhobene Einsprache und Reklamation auf das Arrestguthaben abzuweisen. Der Beklagte J. Habermacher verlangte beim Gerichtspräsidenten von Hochdorf Abnahme der in Folge dieser Klage auf 17. Januar 1887 vom Bezirksgericht Hochdorf erlassenen Citation, mit der Behauptung, das Bezirksgericht Hochdorf sei nicht kompetent, da er nach Art. 59 Absatz 1 B.-V. an seinem Wohnorte belangt werden müsse. Der Gerichtspräsident von Hochdorf wies durch Verfügung vom

15. Januar 1887 dieses Begehren kostenfällig ab, mit der Begründung, der Gerichtspräsident habe über die Kompetenzfrage nicht zu entscheiden und dürfe den Prozeß nicht abcitiren, da die Kläger nach dem Arrestgesetze auf die nächste Gerichtssitzung haben vorladen müssen, und die Sache gelangte somit in der Gerichtssitzung vom 17. Januar 1887 zur Verhandlung.

B. Nunmehr ergriff J. Habermacher den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Mit Rekursschrift vom 2. März 1887 stellt derselbe das Begehren: 1. Der Rekurs sei begründet zu erklären; 2. die angefochtenen Verfügungen und Verhandlungen der kantonalen Amtsstellen und Behörden seien hierorts aufzuheben; 3. die Kosten tragen die Opponenten. Zur Begründung führt er aus: Er sei schon seit drei Jahren in Cham, Kantons Zug, fest niedergelassen und aufrechtstehend; er müsse somit gemäß Art. 59 Absatz 1 B.-V. an seinem Wohnorte belangt werden. Diesen seinen verfassungsmäßigen Gerichtsstand habe er von Anfang an gewahrt. Die Beschlagnahme gegenüber der Regina Widmer berühre ihn in keiner Weise und sei nicht geeignet, ihm gegenüber das forum arresti in Hochdorf zu begründen. Wenn die Arrestkläger in der Arrestklage die Richtigkeit der Cession, aus welcher er sein Recht am Arrestobjekte herleite, behaupten, so handle es sich dabei um einen rein persönlichen Anspruch, welcher verfassungsmäßig vor den Richter des Wohnortes gehöre. Wenn ferner die Kläger behaupten, die Cession sei gefälscht (wegen welcher Behauptung er übrigens Injurienklage erhoben habe), so sei auch für einen diesbezüglichen Anspruch der Gerichtsstand in Hochdorf nicht begründet; vielmehr könnte auf diese Behauptung nur entweder eine strafrechtliche Verfolgung im forum del. commissi oder eine persönliche Klage am Wohnorte des Beklagten begründet werden.

C. Die Rekursbeklagten Geschäftsagent Halter und M. Müller als Beistand der Gebrüder Anderhub tragen auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an, indem sie wesentlich ausführen: Der von ihnen ausgewirkte Arrest sei rechtsgültig. Der Rekurrent sei nicht Arrestat, sondern sei vielmehr seinerseits als Intervenient aufgetreten, indem er das Arrestobjekt zu Eigen-

thum beanspruche. Ueber diesen Anspruch habe naturgemäß derjenige Richter zu entscheiden, welchem überhaupt die Gerichtsbarkeit über den Arrest zustehe. Der Rekurrent selbst habe zuerst den luzernischen Richter angerufen, indem er bei demselben die Sistirung der Versteigerung veranlaßt habe. Die Rekursbeklagten machen gegen ihn gar keinen persönlichen Anspruch geltend, sie verlangen vielmehr nur Beseitigung der Einsprache des Rekurrenten beziehungsweise Abweisung der Ansprache des letztern.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Durch die Arrestklage der Rekursbeklagten wird nicht eine persönliche Forderung gegen den Rekurrenten geltend gemacht; vielmehr wird dadurch, wenn auch formell die Rekursbeklagten als Kläger erscheinen, lediglich die Abweisung des vom Rekurrenten in Bezug auf das Arrestobjekt erhobenen Vindikationsanspruches verfolgt. Der Rekurrent wird nicht als Schuldner der Forderung belangt, für welche der Arrest gelegt wurde, sondern es wird blos geltend gemacht, derselbe sei nicht berechtigt, die Versteigerung der verarrestirten Sache auf Grund des von ihm beanspruchten Eigenthums an derselben zu hindern. Es handelt sich also nicht um einen, nach Art. 59 Absatz 1 B.-V. vor den Richter des Wohnortes des Schuldners gehörigen, Forderungs- sondern um einen im Gerichtsstande der gelegenen Sache zu beurtheilenden Vindikationsstreit, bei welchem blos formell die Rekursbeklagten die Klägerrolle zu übernehmen hatten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

25. Urtheil vom 20. Mai 1887 in Sachen Wittwe Hottinger.

A. Die Wittwe Anna Barbara Hottinger geschied. Goßauer von Riesbach, Kantons Zürich, hat am 14. Dezember 1885

vom Regierungsrathe des Kantons Luzern die Niederlassungsbewilligung für die Gemeinde Luzern erlangt. Laut Miethvertrag vom 10. Januar 1886 hat sie an der Zürcherstraße beim Löwendenkmal in Luzern ein Magazin für ein Jahr, vom 15. März 1886 bis 15. März 1887 gemiethet, in welchem sie während der Sommersaison des Jahres 1886 ein Verkaufsgeschäft, wesentlich in Bijouteriewaaren, betrieb. Der Miethvertrag bestimmt, daß die Miethe je für ein weiteres Jahr dauere, wenn nicht sechs Monate vor Ablauf der Miethzeit gekündigt werde. Nach Schluß der Saison begab sich die Wittwe Hottinger, ohne ihre Ausweisschriften in Luzern zurückzuziehen, mit einem Theile ihrer Waaren nach Zürich, wo sie im Hotel garni Wanner, Bahnhofstraße Nr. 80 I, abstieg und in den Zeitungen die „Liquidation von Nouveauté-Bijouterien eines soliden Ge„schäftes in Luzern zu Einkaufspreisen" ausschrieb; sie hinterlegte in Zürich am 4. November 1886 einen Heimatsausweis der Gemeinde Riesbach und erlangte darauf gestützt das Recht der Niederlassung bis zum 4. Februar 1887. Am 15. Dezember 1886 verlangte Oskar Bucher, Bijouteriefabrikant, rue Beranger 25 in Paris beim Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich Beschlagnahme der in Nr. 80 an der Bahnhofstraße in Zürich befindlichen Waaren und sonstigen Effekten der Wittwe Hottinger, indem er vorbrachte: Dieselbe schulde ihm für gelieferte Waaren noch 1088 Fr. 50 Cts.; sie sei, wie aus den produzirten Zeitungsnummern erhelle, im Begriffe, diese Waaren zu Schleuderpreisen zu verkaufen, so daß für ihn die Gefahr bestehe, für seine Forderung keine Deckung mehr zu haben. Durch Verfügung des Audienzrichters vom 15. Dezember 1886 wurde dieser Arrest bis zur Deckung der Forderung des Gesuchstellers sammt Kosten einstweilen bewilligt. Die in Folge dessen mit Arrest belegten Objekte haben (laut einer Bescheinigung des Stadtammanns von Zürich vom 30. März 1887) einen Werth von circa 600 Fr. und es macht Herr Wanner, Hotelier, an denselben ein Faustpfandrecht für eine Forderung im Betrage von 152 Fr. 10 Cts. geltend. Wittwe Hottinger bestritt den Arrest, einerseits weil sie dem Arrestkläger nichts schuldig sei, andererseits weil keine Arrestgründe vorliegen. Der

Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich bestätigte indeß denselben definitiv durch Entscheidung vom 3. Januar 1887, mit der Begründung, die Forderung des Klägers sei hinlänglich nachgewiesen und Arrestgründe liegen vor. Einerseits sei nicht nachgewiesen, daß die Wittwe Hottinger, welche in Luzern nicht zu erfragen gewesen sei, dort oder in Zürich ein festes Domizil habe; andererseits erscheine das ganze Gebahren derselben, — ihre Bestreitung der Forderung, trotzdem sie zugestandenermaßen im Juni und August 1886 vom Kläger Waaren in bedeutenden Beträgen bezogen und noch nichts darauf bezahlt habe und das öffentliche Ausbieten ihrer Bijouterien zu Einkaufspreisen, — als höchst verdächtig. Die Rekurskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich wies den gegen diese Entscheidung von der Wittwe Hottinger ergriffenen Rekurs am 4. Februar 1887 ab, indem sie ausführte: Die Forderung des Klägers sei im Betrage von 1096 Fr. 20 Cts., nach den eigenen Erklärungen der Rekurrentin, hergestellt; die abweichende Darstellung der Rekurrentin sei eine trölerhafte. Es sei im Fernern allerdings dargethan, daß die Rekurrentin seiner Zeit in Luzern die Niederlassung genommen und dort noch jetzt ihren Heimatschein deponirt habe. Allein aus ihrer eigenen Darstellung ergebe sich, daß sie thatsächlich die Niederlassung in Luzern für längere Zeit aufgegeben und in Zürich die Niederlassungsbewilligung bis zum 4. Februar 1887 erhalten habe; es liege nichts dafür vor, daß sie künftig wieder nach Luzern zurückkehren werde; ihr dortiger Miethvertrag, der nur für die Saison Werth habe, gehe mit dem 15. März 1887 zu Ende. Für seine Erneuerung liege ein Beweis nicht vor. Die Rekurrentin sei demnach zur Zeit in Zürich fest niedergelassen und hier zu belangen; eventuell hätte sie zwei gleichwerthige Domizile und könne deßhalb an beiden Orten ins Recht gefaßt werden. Für die materielle Begründung des Arrestes könne im Uebrigen auf die erstinstanzliche Entscheidung verwiesen werden.

B. Gegen diese Entscheidung ergriff die Wittwe Hottinger den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Sie beantragt: 1. Aufhebung des angefochtenen Rekursentscheides und Aufhebung des durch letztern bestätigten Arrestes auf die im

Hotel Wanner in Zürich liegenden Schmucksachen und Effekten; 2. eventuell Auferlegung einer angemessenen Kaution an den Arrestkläger, unter Kosten- und Entschädigungsfolge; sie verlangt ferner Zuerkennung einer angemessenen Schadenersatzsumme. Zur Begründung macht sie geltend: Die angefochtenen Entscheidungen verletzen den Art. 59 Absatz 1 der Bundesverfassung. Es könne gar keine Rede davon sein, daß die Rekurrentin zur Zeit der Arrestnahme ihr persönliches Domizil in Zürich gehabt habe. Sie habe damals, wie schon vorher und jetzt noch, ein Magazin und eine Wohnung in Luzern als Mietherin innegehabt, während sie in Zürich blos vorübergehend, um ihre Waaren während der günstigen Weihnachts- und Neujahrszeit dort auf den Markt zu bringen, in einem Hotel garni abgestiegen sei. In Luzern und nicht in Zürich habe sie also zur Zeit des Arrestes ihr festes Domizil gehabt. In Zürich habe sie auch kein Geschäftsdomizil besessen; alle Merkmale einer Geschäftsniederlassung in Zürich fehlen, und übrigens könnte sie, wenn sie auch eine Geschäftsniederlassung in Zürich besäße, dort nur für solche Forderungen belangt werden, welche mit ihrer dortigen Geschäftsthätigkeit zusammenhängen, was für die Forderung des Rekursbeklagten nicht zutreffe.

C. Der Rekursbeklagte O. Bucher führt in seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde zunächst die bereits in der angefochtenen Entscheidung der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes geltend gemachten Argumente weiter aus und macht sodann noch geltend: Die Rekurrentin sei notorisch insolvent und könne sich schon deßhalb auf Art. 59 Absatz 1 der Bundesverfassung nicht berufen. Da durch den Arrest in Zürich die Forderung des Rekursbeklagten bei weitem nicht gedeckt worden sei, so habe derselbe am 21. Dezember 1886 gegen die Rekurrentin auch in Luzern einen Arrest ausgewirkt und es sei zu Folge Inventurbefehls des Gerichtspräsidenten von Luzern die gesammte noch in Luzern befindliche Fahrhabe der Rekurrentin mit Beschlag belegt und inventarisirt worden. Laut Bescheinigung der Bezirksgerichtskanzlei Luzern vom 30. März 1887 habe der Werth der inventarisirten Fahrnisse und Waaren, ungerechnet einige werthlose Schmuckgegenstände, 349 Fr. 60 Cts.

betragen, an welchen jedoch der Hauseigenthümer für seine den Werth der Arrestobjekte übersteigende Miethzinsforderung das Retentionsrecht geltend mache, wie sich aus einer Bescheinigung des Bezirksgerichtspräsidiums von Luzern vom 30. März ergebe. Da somit die gesammmte Habe der Rekurrentin inventarisirt und mit Arrest belegt worden sei, dieselbe aber zur Deckung der Forderung des Rekursbeklagten nicht ausreiche, so sei der Beweis der Insolvenz der Rekurrentin erbracht. Demnach werde auf Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolge angetragen.

D. Die Rekurskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich verzichtet auf Gegenbemerkungen gegen die Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat nur zu prüfen, ob der angefochtene Arrest und die gerichtliche Bestätigung desselben grundsätzlich gegen Art. 59 Absatz 1 der Bundesverfassung verstoßen. Dagegen kann es selbstverständlich auf das Kautions- und Schadensersatzbegehren der Rekurrentin nicht eintreten, da es sich in dieser Beziehung lediglich um Anwendung des kantonalen Gesetzesrechtes handelt.

2. Nach dem Ergebnisse der sowohl in Luzern als in Zürich gegen die Rekurrentin gelegten Arreste (s. Fakt. A und C) ist als feststehend zu erachten, daß letztere nicht aufrechtstehend ist und sich somit auf Art. 59 Absatz 1 B.-V. nicht berufen kann. Denn nicht nur der in Zürich sondern auch der am behaupteten Wohnorte der Rekurrentin in Luzern gelegte Arrest hat zu einer Deckung der Forderung des Rekursbeklagten nicht geführt; letztere aber ist fällig und, wie die kantonalen Instanzen gewiß mit Recht ausführen, hinlänglich belegt. Es ist also festgestellt, daß die Rekurrentin, mag man als deren Domizil zur Zeit der Arrestlegung Luzern oder Zürich betrachten oder annehmen, daß der Fall eines Doppelwohnsitzes vorliege, nicht im Stande war, an ihrem Wohnorte gegen sie geltend gemachte begründete Anforderungen zu befriedigen. Daß, wie allerdings aus den Akten hervorgeht, der vom Rekursbeklagten in Luzern ausgewirkte Arrest erloschen ist, erscheint als durchaus unerheblich. Denn dieser Umstand ändert ja an der Thatsache nichts, daß

durch das Arrestverfahren in Luzern konstatirt wurde, daß der Gläubiger auch dort keine Deckung finden könne.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

VI. Schuldverhaft. — Contrainte par corps.

26. Urtheil vom 3. Juni 1887 in Sachen Scholl.

A. Durch Urtheil des Polizeirichters von Büren (Kts. Bern) vom 6. März 1886 wurde Gottlieb Scholl, Weinhändler in Pieterlen (Kts. Bern) wegen Widerhandlung gegen das Wirthschaftsgesetz zu 50 Fr. Buße, zur Nachbezahlung einer Patentgebühr von 100 Fr. und zu den Gerichtskosten von 57 Fr. verfällt. Am 2. August 1886 bezahlte G. Scholl an das Regierungsstatthalteramt Büren einen Betrag von 50 Fr. zu Tilgung der Geldbuße. Das Regierungsstatthalteramt Büren verrechnete indeß diesen Betrag nicht auf die Geldbuße, sondern auf die Gerichtskosten und verlangte von den solothurnischen Behörden die Auslieferung des inzwischen nach Grenchen, Kantons Solothurn, übergesiedelten G. Scholl zum Zwecke der Vollziehung des Bußenerkenntnisses. G. Scholl hinterlegte hierauf am 10. Dezember 1886 bei der Gerichtsschreiberei Büren zu Handen des Regierungsstatthalteramtes einen weitern Betrag von 59 Fr. 20 Cts. zum Zwecke der Tilgung der Geldbuße und ergangenen Kosten, und erhob beim Appellations- und Kassationshofe des Kantons Bern Einsprache gegen den Vollzug des gegen ihn ausgefällten Strafurtheils, mit der Behauptung, die Buße sei durch Zahlung getilgt. Er wurde indeß vom Gerichtshofe mit dieser Einsprache abgewiesen und zwar wesentlich mit der Begründung: Nach einem grundsätzlichen Entscheide des Regierungsrathes vom 19. März 1884

stehe dem zu Buße und Kosten Verurtheilten das Wahlrecht nicht zu, welchen Betrag seiner Schuld er bezahlen wolle, vielmehr haben die vollziehenden Behörden zu bestimmen, auf welchen Theil der Gesammtschuld sie eine Theilzahlung annehmen wollen. Da es sich um eine öffentlich-rechtliche Leistung handle, sei das schweizerische Obligationenrecht nicht maßgebend. Es wäre übrigens auch nach Art. 78 und 99 O.-R. das beobachtete Verfahren gerechtfertigt. Nun habe das Regierungsstatthalteramt Büren erklärt, daß es die am 2. August 1886 bezahlten 50 Fr. auf Rechnung der Kosten von 57 Fr. und die am 10. Dezember 1886 hinterlegten 59 Fr. 20 Cts. für den Rest der Gerichtskosten und auf Abschlag der Patentgebühr verrechne. Nach diesem Entscheide erwirkte das Regierungsstatthalteramt Büren bei den Behörden des Kantons Solothurn gestützt auf die zwischen den Kantonen Bern und Solothurn am 6. April 1853 abgeschlossene Uebereinkunft über gegenseitige Stellung der Fehlbaren in Polizeifällen die Bewilligung der Auslieferung des G. Scholl; die Auslieferung ist indeß bis jetzt wegen Krankheit des Requirierten nicht vollzogen worden.

B. Mit Eingabe vom 19. April 1887 stellt nunmehr G. Scholl beim Bundesgerichte den Antrag: Es sei die gegen ihn vom Regierungsstatthalteramte Büren verlangte und vom Oberamte Solothurn-Lebern bewilligte Auslieferung zur Bußenabdienung aufzuheben. Zur Begründung führt er aus: Die bernischen Behörden wollen sich des durch das Konkordat von 1853 vorgesehenen Rechts auf Auslieferung bedienen, um von ihm Gerichtskosten und Entschädigungen einzutreiben. Einen solchen Gebrauch gestatte aber das Konkordat nicht; es lasse eine Auslieferung nur zum Zwecke des Strafvollzuges zu, nicht zu Deckung von Entschädigung und Kosten. Das beobachtete Verfahren sei schlimmer als ein Schuldverhaft. Es gehe nicht an, daß der bernische Fiskus, entgegen dem ausgesprochenen Willen des zahlenden Schuldners, nach Belieben darüber bestimme, auf welche Schuld er eine geleistete Zahlung verrechnen wolle. Wolle man die Analogie des schweizerischen O.-R. anrufen, so habe der Rekurrent jedenfalls bei seiner zweiten Zahlung (Deponirung von 59 Fr. 20 Cts.) bestimmen können,

ob dieselbe auf die Buße nebst dem Rest der Gerichtskosten oder aber auf die Patentgebühr abzurechnen sei. Denn Patentgebühr und Buße seien verschiedene selbständige Leistungen. Nach Art. 536 der bernischen Strafprozeßordnung wären übrigens im vorliegenden Falle die Kosten nachzulassen, da der Rekurrent durch förmlichen Armuthsschein sich als unvermögend ausgewiesen habe. Seine anbegehrte Verhaftung sei daher ungesetzlich und verstoße gegen Art. 72 der bernischen Kantonsverfassung.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde macht der Regierungsrath des Kantons Bern geltend: Die Frage, ob die bernischen Behörden berechtigt gewesen seien, nach eigenem Gutfinden zu bestimmen, auf welchen Theil der Gesammtschuld des Rekurrenten sie dessen Theilzahlungen verrechnen wollen, entziehe sich der Kognition des Bundesgerichtes, weil dieselbe nicht nach solchen gesetzlichen Bestimmungen zu beantworten sei, über deren Anwendung dem Bundesgerichte ein Entscheid zustehe, und auch die Voraussetzungen des Art. 27 Z. 4 O.-G. nicht zutreffen. Das Bundesgericht habe dies selbst in den Erwägungen zu seinem Entscheide in Sachen Perucchi vom 9. Mai 1884 anerkannt. Eventuell berufe sich die Regierung auf die bezüglich der Imputation von Theilzahlungen in Fällen der hier fraglichen Art in ihrem Entscheide vom 19. März 1884 in der gedachten Sache Perucchi aufgestellten Grundsätze. Es könne sich also nur fragen, ob die Verhaftung und Auslieferung des Rekurrenten zum Zwecke der Umwandlung der ihm auferlegten, nach Auffassung der bernischen Behörden nicht bezahlten, Buße in Gefängniß oder öffentliche Arbeit nach den Bestimmungen der Uebereinkunft zwischen den Ständen Bern und Solothurn von 1853 oder nach der Bestimmung des § 72 der bernischen Kantonsverfassung gerechtfertigt sei. Beides sei unbedingt zu bejahen. Auch von einem Schuldverhaft könne nicht gesprochen werden; denn Schuldverhaft und Umwandlung einer Geldbuße in Gefängniß seien ganz verschiedene Dinge. Demnach werde auf Abweisung des Rekurses angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Nachprüfung der von den bernischen Behörden in casu angewendeten Grundsätze über die Imputation von Zahlungen steht freilich an sich dem Bundesgerichte nicht zu, wie

dieses bereits in seiner Entscheidung in Sachen Perucchi vom 9. Mai 1884 (Amtliche Sammlung X, S. 206 u. ff.) ausgesprochen hat. Dagegen hat sich das Bundesgericht bereits in der angeführten Entscheidung in Sachen Perucchi für den Fall, daß die kantonalen Behörden auf Grund der von ihnen aufgestellten Imputationsgrundsätze eine Verhaftung wegen Nichtbezahlung einer Buße verhängen sollten, das Recht ausdrücklich gewahrt, zu untersuchen, ob nicht hierin eine Umgehung des Art. 59 Abs. 2 B.V. liege. Diese Befugniß steht ihm auch gemäß Art. 59 O.-G. und 113 B.-V. unzweifelhaft zu.

2. Nun ist unbestritten, daß eine Umwandlung einer ververhängten Geldbuße in Gefangenschaft oder öffentliche Arbeit nicht gegen das in Art. 59 Abs. 2 B.-V. ausgesprochene Verbot des Schuldverhafts verstößt; ebenso ist aber durch die konstante bundesrechtliche Praxis festgestellt, daß Prozeßkosten (auch solche eines Strafverfahrens) und Steuern nicht als Strafe sondern als Schuld des Verurtheilten an den Staat zu betrachten sind und daher nicht in Verhaft umgewandelt werden dürfen (vergl. Entscheidungen Amtliche Sammlung I, S. 253, 256, III, S. 69 f., 71 f., 232). Danach müssen denn aber Bußenforderung einerseits und Kosten- oder Steuerforderung andererseits, ihrer durchaus verschiedenen rechtlichen Natur und Wirkung wegen, als verschiedene selbständige Forderungen betrachtet und behandelt werden und geht es folgeweise nicht an, eine auf die Buße geleistete Zahlung ohne weiters einseitig auf Kosten oder Steuern zu verrechnen. Der Zweck einer derartigen Verrechnung kann ja in That und Wahrheit kein anderer sein, als der, die für den Fall der Nichtbezahlung der Buße zulässige Haft als Exekutionsmittel auch für Beitreibung von Kosten und Steuern zu benützen und so den Grundsatz des Art. 59 Abs. 2 B.-V. zu umgehen. Dies ist aber durchaus unstatthaft.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird mithin dem Rekurrenten das Begehren seiner Rekursschrift zugesprochen.

VII. Gesetzgebungsrecht des Bundes betreffend das Obligationenrecht.

Attributions législatives de la Confédération en matière de droit des obligations.

27. Urtheil vom 22. April 1887 in Sachen Vogel und Genossen.

A. Nach § 11 des baselstädtischen Gesetzes über das Hausirwesen, die Wanderlager, den zeitweiligen Gewerbsbetrieb, die öffentlichen Aufführungen und Schauvorstellungen, das Trödel- und Pfandleihgewerbe, vom 13. November 1882, ist „zur Be„treibung der Gewerbe eines Trödlers (gewerbsmäßigen Käufers „und Verkäufers von gebrauchten Metallgeräthschaften, Metall„bruch, Kleidungs-, Bett- und Wäschestücken, hausräthlichen Ge„genständen) oder eines Pfandleihers eine polizeiliche Bewilli„gung erforderlich, die nur solchen Bewerbern ertheilt werden „darf, welche hier niedergelassen und gut beleumdet sind.“ Durch Urtheil des Strafgerichtes von Basel vom 23. Oktober 1886 wurden die Rekurrenten Leopold Heizmann, Jakob Schär und Xaver Vogel, welche sämmtlich in Basel das Trödlergewerbe betreiben, gleichzeitig mit mehreren andern Personen, wegen Hehlerei zu Freiheitsstrafen verurtheilt, weil sie von einem vierzehnjährigen Knaben verschiedene, von ihm durch Betrug erlangte, Gegenstände unter verdächtigen Umständen erworben hatten. In Folge dieser Verurtheilung wurde den Rekurrenten durch das Polizeidepartement des Kantons Baselstadt eröffnet, daß ihnen, nach Ablauf des für das Jahr 1886 ertheilten Trödlerpatentes, kein neues Patent mehr werde ertheilt werden, weil sie den laut § 11 des Gesetzes vom 13. November 1882 erforderlichen guten Leumund eingebüßt haben. Gegen diese Verfügung rekurirten die Beschwerdeführer an den Regierungsrath des Kantons Baselstadt, wurden aber durch Beschlüsse dieser Behörde vom 24. und 31. Dezember 1886 (eröffnet am 2. Januar 1887) abgewiesen.

B. Am 14. Januar 1887 reichten hierauf die Rekurrenten (gemeinsam mit mehreren andern Betheiligten) dem schweizerischen Bundesrathe eine Beschwerdeschrift ein, in welcher sie das baselstädtische Gesetz vom 18. November 1882 sowohl im ganzen als speziell in verschiedenen einzelnen Bestimmungen als verfassungswidrig anfochten; sie behaupteten, dieses Gesetz verstoße gegen Art. 31, 4 und 64 B.-V. sowie gegen das schweizerische Obligationenrecht und das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit. Der Bundesrath wies durch Entscheidung vom 11. Februar 1887 diese Beschwerde als unbegründet ab, wobei er sich indeß für Beurtheilung der auf Art. 4 und 64 B.-V. sowie auf das Obligationenrecht und das Handlungsfähigkeitsgesetz gestützten Beschwerden als inkompetent erklärte.

C. Nunmehr stellten die Rekurrenten durch Schriftsatz vom 27./28. Februar 1887 beim Bundesgerichte die Anträge:

1. Das genannte Gesetz des Großen Rathes des Kantons Baselstadt vom 13. November 1882 sei nichtig zu erklären und aufzuheben, eventuell soweit als es mit den Bestimmungen der beiden allegirten Bundesgesetze im Widerspruche steht.

2. Die Beschwerdeführer seien berechtigt, gegen Erlegung der gesetzlichen Taxe das Trödlergewerbe pro 1887 fortzuführen, eventuell es sei ihnen die Bewilligung zum Fortbetriebe desselben zu ertheilen.

3. . . . . .

4. Dem Kanton Baselstadt seien die Kosten der bisherigen Beschwerden der Beschwerdeführer zu überbinden mit 95 Fr.

Zur Begründung führen sie wesentlich aus:

1. Das baselstädtische Gesetz vom 13. November 1882 greife in das nach Art. 64 B.-V. dem Bunde vorbehaltene und durch die Bundesgesetze betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit und das Obligationenrecht normirte Gebiet der Gesetzgebung über die persönliche Handlungsfähigkeit und den Mobiliarverkehr ein und ermangle daher der konstitutionellen Grundlage. Der Kanton Baselstadt sei nicht befugt, über den An- und Verkauf beweglicher Sachen, womit das Trödlergewerbe sich befasse, Vorschriften aufzustellen, insbesondere Vorschriften

beschränkender Natur, welche den Bundesgesetzen fremd seien. Verfassungs- und bundesgesetzwidrig seien neben § 11, welcher für das Trödlergewerbe den Patentzwang vorschreibe, die Bestimmungen der §§ 12, 22 und 23 des Gesetzes, welche den Trödlern untersagen, etwas von Minderjährigen anzukaufen oder zu Pfand zu nehmen, denselben eine Anzeigepflicht bei verdächtigen Verkaufsofferten auflegen, sie zu besonderer Buchführung verpflichten, fortwährender Aufsicht durch die Polizei unterstellen und für Widerhandlungen strenge Strafe androhen.

2. In diesen Gesetzesbestimmungen liege zugleich eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze, da für andere Gewerbe derartige beschränkende und gefährliche Bestimmungen nicht bestehen.

3. Auch die Anwendung des Gesetzes durch die kantonalen Behörden verletze die Gleichheit vor dem Gesetze. Einerseits sei eine „hübsche, gefällige" Trödlerin, M. B., welche von dem gleichen Knaben und unter den gleichen Umständen wie die Rekurrenten Waaren gekauft habe, gar nicht bestraft und ihr die Bewilligung zum Fortbetriebe des Trödlergewerbes nicht verweigert worden; andrerseits betreiben in Basel viele Personen (wovon die Rekurrenten 10 namhaft machen) thatsächlich das Trödlergewerbe, ohne ein Patent zu besitzen und daher den für patentirte Trödler geltenden lästigen Bestimmungen unterworfen zu sein. Ferner bestimme § 23 des Gesetzes vom 13. November 1882, daß Trödlern, welche wiederholt wegen Verletzung des Gesetzes bestraft worden seien, der fernere Betrieb des Gewerbes gänzlich zu untersagen sei. Die Rekurrenten aber seien nur einmal bestraft worden; es habe ihnen daher der Fortbetrieb des Trödlergewerbes nicht untersagt werden können.

D. Der Regierungsrath des Kantons Baselstadt macht in seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde im Wesentlichen geltend: Die Beschränkungen, welchen das Gesetz vom 13. November 1882 das Trödlergewerbe unterwerfe, finden ihre Rechtfertigung in der besondern Natur dieses Gewerbes. Der Bundesrath habe denn auch ausdrücklich anerkannt, daß dieselben die Ausübung dieses Gewerbes nicht beeinträchtigen oder un-

möglich machen und daher nicht gegen Art. 31 B.-V. verstoßen. Demnach sei auch Art. 4 B.-V. nicht verletzt. Die Gleichheit vor dem Gesetze dürfe nicht im absoluten, sondern müsse im relativen Sinne aufgefaßt werden; sie schließe nicht aus, daß für besondere Verhältnisse und Gewerbe auch besondere Gesetze bestehen. Auch mit Art. 64 B.-V. stehe das Gesetz vom 13. November 1882 nicht im Widerspruch; denn neben Art. 64 stehe Art. 31 dieser Verfassung, nach welchem auch der Mobiliarverkehr gewissen Beschränkungen unterworfen werden könne, sofern nur dabei der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht verletzt werde. Die Bundesgesetze über Obligationenrecht und persönliche Handlungsfähigkeit enthalten gar nichts, was mit den Bestimmungen des Gesetzes vom 13. November 1882 unvereinbar wäre. Es sei den Rekurrenten nicht gemäß Art. 23 dieses Gesetzes wegen wiederholter Uebertretungen der gewerbepolizeilichen Vorschriften das Patent während seiner Gültigkeitsdauer entzogen, sondern es sei ihnen die Erneuerung des Patentes nach Ablauf desselben verweigert worden, weil sie durch ihre Bestrafung wegen Hehlerei (wobei ihre Eigenschaft als Trödler kaum in Betracht gekommen sei) ihren guten Leumund verloren haben. Daß nicht alle Personen, welche ein Trödlerpatent erwerben sollten, ein solches auch wirklich besitzen, möge wohl sein. Allein, wenn ein derartiger Fall bekannt werden sollte, werden die Behörden dafür sorgen, daß das Gesetz zur Anwendung gebracht werde. Von den 10 durch die Rekurrenten genannten Personen besitzen zwei ein Trödlerpatent, die übrigen acht bestreiten, daß sie Trödlergeschäfte gewerbsmäßig betreiben und es habe ihnen dies nicht nachgewiesen werden können. Der Fall der „hübschen und gefälligen" Trödlerin M. B. liege, wie die Strafakten beweisen, ganz anders als derjenige der Rekurrenten. Demnach werde beantragt: Es sei der vorliegende Rekurs als unbegründet abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Soweit die Beschwerde gegen das Gesetz vom 13. November 1882 selbst sich richtet, ist dieselbe wegen Verabsäumung der sechzigtägigen Rekursfrist des Art. 59 O.-G. verspätet. Dagegen sind die Rekurrenten trotzdem berechtigt, die in Anwen-

dung dieses Gesetzes gegen sie speziell getroffenen Verfügungen vom 24. und 31. Dezember 1886, wodurch ihnen die Erneuerung des Trödlerpatentes verweigert wurde, als verfassungswidrig anzufechten. Dabei kann denn aber nur die Verfassungsmäßigkeit des Art. 11, nicht dagegen diejenige anderer Bestimmungen des Gesetzes in Frage kommen, denn die gedachten Verfügungen stützen sich ausschließlich auf Art. 11 cit.

2. Die Regel nun, daß zum Betrieb des Trödlergewerbes ein staatliches, nur gutbeleumdeten Niedergelassenen zu ertheilendes, Patent gefordert wird, verstößt weder gegen Art. 4 noch gegen Art. 64 B.-V. oder die in Ausführung des letztgenannten Verfassungsartikels erlassenen Bundesgesetze über das Obligationenrecht und die persönliche Handlungsfähigkeit. Die durch die Bundesgesetzgebung normirte Handlungsfähigkeit auf dem Gebiete des Privatrechtes involvirt durchaus nicht die Befugniß, jedes beliebige Gewerbe ohne weiters betreiben zu dürfen; vielmehr ist die Befugniß zum Gewerbebetriebe öffentlichen Rechtens, und die Beschränkungen, welchen dieselbe aus Gründen des öffentlichen Wohles untersteht, werden innerhalb der bundesverfassungsmäßigen Schranken von der kantonalen Gesetzgebung aufgestellt. Mit den privatrechtlichen Normen des eidgenössischen Obligationenrechtes dann vollends hat die Frage, ob für ein bestimmtes Gewerbe die Konzessionspflicht bestehe oder eingeführt werden könne, nichts zu schaffen. Sofern sodann, wie in casu vom Bundesrathe anerkannt worden und vom Bundesgerichte nicht nachzuprüfen ist, die Einführung der Konzessionspflicht für ein Gewerbe mit dem Grundsatze der Gewerbefreiheit vereinbar ist, kann auch von einer Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze durch eine sachbezügliche Norm des Gewerberechts von vornherein keine Rede sein. Denn der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze schließt, wie das Bundesgericht schon häufig ausgeführt hat, die Aufstellung von Sonderbestimmungen für gewisse Personenklassen keineswegs unbedingt, sondern nur insoweit aus, als dieselben der objektiven Begründung entbehren, in keiner erheblichen Verschiedenheit der Thatbestände begründet sind. Letzteres trifft aber dann, wenn die besondere Natur eines Gewerbes die Aufstellung des

Konzessionszwanges für dasselbe als mit dem Grundsatze der Gewerbefreiheit vereinbar erscheinen läßt, niemals zu.

3. Wenn die Rekurrenten endlich noch behaupten, sie seien in Anwendung des Gesetzes ungleich behandelt worden, so ermangelt diese Behauptung jeder Begründung. Die Frage, ob die Regierung von Baselstadt mit Recht angenommen habe, die Rekurrenten haben in Folge ihrer strafgerichtlichen Verurtheilung wegen Hehlerei ihren guten Leumund verloren, entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes, weil es sich dabei ausschließlich um Anwendung kantonalen Gesetzesrechtes handelt. Daß nur ihnen gegenüber, aus persönlichen Gründen, das Gesetz in diesem Sinne angewendet worden sei, haben die Rekurrenten selbst nicht behauptet. Inwiefern dieselben daraus, daß einige andere Personen sich vielleicht der Anwendung des Gesetzes überhaupt, haben entziehen können, Rechte für sich sollten herleiten können, ist nicht einzusehen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

VIII. Kompetenz der Bundesbehörden.
Compétence des autorités fédérales.

28. Urtheil vom 1. April 1887 in Sachen katholische Schulgemeinde Lichtensteig.

A. In der paritätischen Gemeinde Lichtensteig (Kantons St. Gallen) bestanden (neben einer gemeinsamen, besonders dotirten und verwalteten, Oberschule) für die untern Schulstufen konfessionell getrennte (katholische und evangelische) Schulen. Dieselben besaßen ihr besonderes Schulgut und wurden von Schulgemeinde und Schulrath der betreffenden Konfession geleitet. Gemäß einer 1874/1875 zwischen den betheiligten Gemeinden getroffenen Uebereinkunft wurden aber die Defizite der kon-

fessionellen Schulgemeinden nicht von diesen Gemeinden selbst, sondern von der politischen Gemeinde getragen. In der Folge strebte der evangelische Theil der Bevölkerung, insbesondere der evangelische Schulrath, eine Abänderung dieser Ordnung der Schulverhältnisse aus pädagogischen und finanziellen Gründen an. Die politische Gemeinde Lichtensteig beschloß am 4. Oktober 1885 (mit 135 gegen 82 Stimmen): „1. Die politische Ge„meinde beschließt die Uebernahme des gesammten Primarschul„wesens und die Gründung einer einheitlichen paritätischen „Gemeindeschule. 2. Der Gemeinderath wird ersucht und be„vollmächtigt, die ersten Schritte behufs Ausführung dieses Be„schlusses zu thun, damit die neue einheitliche Schule mit Be„ginn des Schuljahres 1886/1887 ins Leben treten kann." Die katholische Schulgemeinde Lichtensteig lehnte durch Beschluß vom 11. Oktober 1885 die Vereinigung der Schulen mit 94 gegen 19 Stimmen ab, wogegen die evangelische Schulgemeinde am 25. gleichen Monats einstimmig dem Beschlusse der politischen Gemeinde beitrat. Schon am 10. Oktober 1885 hatte eine aus 30 Bürgern bestehende Minderheit der Gemeinde beim Regierungsrathe des Kantons St. Gallen den Antrag gestellt, er möge dem Beschlusse der politischen Gemeinde vom 4. Oktober die Vollziehung verweigern. Der Regierungsrath beschloß indeß am 24. März 1886: 1. Es sei das Begehren vom 10. Oktober vorigen Jahres um Nichtvollzug des Beschlusses der politischen Gemeinde von Lichtensteig vom 4. Oktober gleichen Jahres abgewiesen. 2. Sei das Erziehungsdepartement eingeladen, die zum Vollzuge des Gemeindebeschlusses erforderlichen Anordnungen zu treffen. Gegen diesen Beschluß rekurrirten die katholische Schulgemeinde Lichtensteig und eine Minderheit der politischen Gemeinde an den Großen Rath des Kantons St. Gallen. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde beantragte der Regierungsrath, der große Rath wolle „in Bestätigung unserer „Schlußnahme vom 24. März 1886 den Rekurs gegen die „Vereinigung der Primarschulen in Lichtensteig abweisen, immer„hin in dem Verständnisse, daß nicht die politische Gemeinde „das Primarschulwesen übernimmt, sondern die aus den Bür„gern der evangelischen und katholischen Schulgemeinden zu kon-

„stituirende bürgerliche Schulgemeinde, welche einen eigenen „Schulrath zu wählen hat.“ In Betreff der letztern Modifikation des Gemeindebeschlusses bemerkte der Regierungsrath, er habe schon bei seiner Genehmigung der Vereinigung keine andere Absicht gehabt und es habe auch bereits das Erziehungsdepartement in diesem Sinne an das Bezirksamt Neutoggenburg die nöthigen Weisungen ertheilt. Die Mehrheit der vom großen Rathe zu Prüfung des Rekurses niedergesetzten Kommission beantragte: „Es sei der Rekurs der katholischen Schulgemeinde „Lichtensteig und einer Minderheit der politischen Gemeinde „Lichtensteig gegen den Beschluß des Regierungsrathes in Sachen „der Uebernahme des gesammten Primarschulwesens von Seite „der politischen Gemeinde datirt den 24. März 1886 abge„wiesen, in der Meinung, daß die aus den Bürgern der beiden „konfessionellen Schulgemeinden zu konstituirende bürgerliche „Schulgemeinde das Schulwesen übernehme und einen eigenen „Schulrath wähle. Was den Vollzug des Uebergangs betrifft, „so ist die Kommissionsmehrheit der Ansicht, daß der Regierungs„rath die erforderlichen Bestimmungen aufzustellen und durch „das zuständige Organ, entweder den Erziehungsrath oder den „Bezirksschulrath von Neutoggenburg, sämmtliche zur Neu„konstituirnng der neuen Schulgemeinde erforderlichen Hand„lungen vorzunehmen habe.“ Der große Rath beschloß am 24. November 1886, der Rekurs werde im Sinne des regierungsräthlichen Antrages beziehungsweise desjenigen der Kommissionsmehrheit abgewiesen.

B. Gegen diese Schlußnahme beschwert sich die katholische Schulgemeinde Lichtensteig im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte. Sie beantragt: Das Bundesgericht wolle ihre verfassungsmäßigen, durch die Beschlüsse des großen Rathes vom 24. November 1886 resp. des Regierungsrathes vom 24. März 1886 und der politischen Gemeinde Lichtensteig vom 4. Oktober 1885 verletzten Rechte schützen und die vorliegende, gegen obige Beschlüsse eingereichte, Beschwerde als begründet erklären. Zu rechtlicher Begründung der Beschwerde werden wesentlich folgende Gesichtspunkte geltend gemacht: Art. 7 Absatz 4 der st. gallischen Kantonsverfassung gewähr-

leiste den Fortbestand der katholischen und evangelischen Primarschulen in den Gemeinden. Mit dieser Gewährleistung (wie mit Art. 36 des kantonalen Erziehungsgesetzes von 1862) seien die angefochtenen Schlußnahmen der st. gallischen Behörden zweifellos und unbestrittenermaßen unvereinbar. Die Mehrheit des Regierungsrathes und des großen Rathes des Kantons St. Gallen behaupten nun freilich, Art. 7 Absatz 4 cit. der Kantonsverfassung sei durch Art. 27 der Bundesverfassung von 1874 aufgehoben. Allein dies sei, wie des nähern ausgeführt wird, unrichtig. Die blos äußerliche Konstituirung der Schulkorporationen als katholische und evangelische, wie sie sich im Kanton St. Gallen historisch herausgebildet habe, stehe weder mit dem Wortlaute noch mit dem Geiste des Art. 27 der Bundesverfassung im Widerspruch; es sei denn auch von den Bundesbehörden noch niemals grundsätzlich ausgesprochen worden, daß der Art. 27 B.-V. die Aufhebung konfessionell getrennter Schulen fordere. Auch angenommen übrigens, Art. 7 Ziffer 4 der Kantonsverfassung stände mit Art. 27 B.-V. im Widerspruch, so wäre doch das von den st. gallischen Behörden eingeschlagene Verfahren ein verfassungs- und gesetzwidriges. Die Organisaton des Schulwesens und der Schulgemeinden, die Organisation der Gemeinden überhaupt, die Amtsdauer und der Amtsantritt der Behörden derselben seien theils durch die Kantonsverfassung selbst normirt, theils sei die Aufstellung näherer diesbezüglicher Bestimmungen verfassungsmäßig ausdrücklich der Gesetzgebung vorbehalten (Art. 7 Abs. 8, Art. 20, 33, 61, 77, 81 K.-V.). Art. 43 der Kantonsverfassung sodann bestimme in Betreff der Kompetenzen des großen Rathes: „Als „oberste Behörde des Kantons erläßt und erläutert er die Ge„setze unter Vorbehalt des verfassungsmäßigen Souveränitäts„rechtes des Volkes. — Als Gesetze werden alle Erlasse an„gesehen, welche die Rechte und Pflichten der Privaten, der „öffentlichen Genossenschaften, der Gemeinden und des Staates, „sowie die organischen Einrichtungen des Staates, des Gerichts„und des Verwaltungswesens allgemein und bleibend bestimmen." Das Verfassunsdekret vom 10. Juni 1875 sodann schreibe vor, daß unter gewissen Voraussetzungen alle Gesetze, sowie diejenigen

allgemein verbindlichen Beschlüsse des großen Rathes, welche nicht dringlicher Natur sind, dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden sollen. Angesichts dieser klaren und unzweideutigen Verfassungsbestimmungen gehe es nicht an, daß (wie hier geschehen sei) eine einzelne politische Gemeinde, der Regierungsrath oder der große Rath im Wege bloßer Administrativverfügung eine verfassungs- und gesetzmäßig bestehende Schulgemeinde, mitten in der verfassungsmäßigen Amtsdauer ihrer Behörden, aufheben und an deren Stelle eine neue Schulgemeinde und neue Behörden kreiren; derartige organisatorische, das Volk allgemein und tief berührende, Neuerungen können nur mit Begrüßung des Volkes, auf dem Wege der Verfassungs- oder Gesetzesrevision, eingeführt werden. Daß die Regierung selbst zu ihrem Rechtsstandpunkt kein rechtes Zutrauen habe, ergebe sich aus der Aenderung, welcher sie ihre ursprüngliche Schlußnahme unterworfen habe. Zuerst habe sie die Uebernahme des gesammten Primarschulwesens durch die politische Gemeinde gutgeheißen, hernach dagegen habe sie anerkannt, daß die politische Gemeinde gesetzlich zu Verwaltung des Primarschulwesens gar nicht berufen sei und habe daher die Bildung einer neuen selbständigen Schulgemeinde angeordnet. Letzteres sei aber selbstverständlich nicht weniger gesetz- und verfassungswidrig als ersteres. Zu bemerken sei auch noch: Im Kanton St. Gallen existiren zur Zeit nicht weniger als 300—400 katholische und evangelische Schulgemeinden; diese wären nach der Meinung der Regierungs- und Großrathsmehrheit sammt und sonders verfassungswidrig. Nun sei aber gegen keine einzige andere Schulkorporation in derjenigen Weise vorgegangen worden, wie gegen die katholische Schulkorporation von Lichtensteig. Ueberall wo sonst seit 1874 eine Verschmelzung der konfessionellen Schulgemeinden stattgefunden habe, sei dieselbe im Wege der gütlichen Verständigung, nirgends im Wege der zwangsweisen Vereinigung erfolgt. Es sei weder gerecht noch billig, daß einzig gegenüber der Schulgemeinde Lichtensteig Verfassung und Gesetz zwangsweise aufgehoben werden. Wollte man zulassen, daß einzelne Gemeinden — heute diese, morgen jene, die eine so, die andere anders — (denn es seien verschiedene Lösungen der

Schulfrage denkbar) die allgemeinen organischen Einrichtungen des Schulwesens abändern, so müßte an Stelle verfassungsmäßiger Organisation, die regelloseste Anarchie treten. In Bezug auf das Korporationsvermögen werde, da in den Verhandlungen im großen Rathe der Anspruch auf Eigenthum und Verwaltung desselben allseitig fallen gelassen worden sei, zur Zeit eine Beschwerde nicht erhoben. Demnach werden in dieser Richtung alle Rechte gewahrt.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde führt der Regierungsrath des Kantons St. Gallen in eingehender Erörterung aus, daß der Bestand konfessionell getrennter Schulen, wie er in Art. 7 Absatz 4 der Kantonsverfassung gewährleistet werde, mit Art. 27 und 49 Absatz 4 B.-V. unvereinbar sei, wofür er sich auf die Entstehungsgeschichte der Bundesverfassung und die bundesrechtliche Literatur beruft. Dies sei auch durch die politischen Bundesbehörden in wiederholten Entscheidungen anerkannt worden, nämlich: vom Bundesrathe durch Beschluß vom 22. November 1876 in Sachen der katholischen Kirchgemeinde Iberg; durch Beschluß vom 23. April 1878 in Sachen A. Hartmann und Genossen in Flawyl; durch Beschluß vom 26. November 1880 in Sachen Balzer und Genossen; durch Beschluß vom 16. Januar 1883 in Sachen des Schulrathes von evangelisch Tablatt; von der Bundesversammlung durch Beschluß vom 17. Juni 1874 betreffend Gewährleistung der Verfassung des Kantons Zug, durch Beschluß vom 2. Juli 1875 betreffend Gewährleistung der Verfassung des Kantons Luzern; und endlich auch durch die Entscheidung im Rekursfalle der Schulgemeinde von katholisch Dietikon. Demnach sei aber Art. 7 Ziffer 4 der Kantonsverfassung mit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 sofort, und ohne daß es dazu noch einer kantonalen Verfassungsrevision bedurft hätte, aufgehoben worden. Das Bundesgericht habe dies bereits in seiner Entscheidung vom 27. März 1880 in Sachen der katholischen Schulgenossen in St. Gallen für den Fall anerkannt, daß die politische Bundesbehörde den Bestand konfessioneller Schulen als mit der Bundesverfassung unvereinbar erkläre. Dies sei nun, wie nachgewiesen, geschehen, und das Bundesgericht werde daher selbst

den Schluß ziehen, daß Art. 7 Absatz 4 K.-V. nicht mehr zu Recht bestehe. Für diese grundsätzliche Frage sei es ohne alle Bedeutung, daß in Lichtensteig die Katholiken in ihrer Mehrheit die Vereinigung der beiden, bisher konfessionell getrennten, Schulgemeinden abgelehnt haben. Wenn Art. 27 und 49 B.-V. die konfessionelle Schule beseitigen und die bürgerliche Schule fordern, so besitze nicht nur eine Schulgemeinde, wie die evangelische Schulgemeinde Lichtensteig, sondern auch jeder einzelne Schulbürger das unzweifelhafte Recht, die bürgerliche Schulgemeinde zu fordern. Die Modifikation des ursprünglichen Beschlusses des Regierungsrathes sei rechtlich und faktisch bedeutungslos. Dieselbe enthalte eine bloße Verdeutlichung des Gemeindebeschlusses der politischen Gemeinde Lichtensteig. Demnach werde beantragt: Der Rekurs sei als unbegründet abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat bereits in seiner Entscheidung vom 27. März 1880 in Sachen der katholischen Schulgenossen von St. Gallen (s. dieselbe Amtliche Sammlung VI, S. 62 ff.) ausgesprochen, es sei zu Entscheidung der Frage, ob konfessionell getrennte Schulen mit Art. 27 oder 49 Absatz 4 B.-V. unvereinbar seien und ob daher Art. 7 Ziffer 4 der st. gallischen Kantonsverfassung durch die Bundesverfassung aufgehoben sei, nicht kompetent; die Kompetenz, hierüber zu entscheiden, stehe ausschließlich den politischen Behörden des Bundes zu. Das Bundesgericht hat demgemäß die Beurtheilung einer auf Verletzung des Art. 7 Ziffer 4 K.-V. begründeten Beschwerde auf so lange abgelehnt, als über die erwähnte Frage nicht durch die politischen Behörden des Bundes entschieden sei. Hieran ist auch heute aus den in der citirten Entscheidung vom 27. März 1880 entwickelten Gründen (auf welche hier einfach verwiesen werden darf) durchaus festzuhalten. Wenn die politischen Bundesbehörden anläßlich einzelner anderer an sie gelangter Rekursfälle die in Rede stehende Verfassungsfrage erörtert und entschieden haben, so wird dadurch die Kompetenz des Bundesgerichtes, dieselbe im gegenwärtigen Streitfalle von sich aus zu entscheiden, keineswegs begründet. Denn die sachbezüglichen

von der Regierung des Kantons St. Gallen angeführten Entscheidungen der politischen Bundesbehörden und insbesondere des Bundesrathes, erledigen rechtskräftig blos den einzelnen Beschwerdefall, auf welchen sie sich beziehen; allgemein verbindlich sind dieselben nicht. Es muß daher dabei sein Bewenden haben, daß auch im gegenwärtigen Rekursfalle die Frage der fortdauernden Geltung des Art. 7 Absatz 4 der st. gallischen Kantonsverfassung nicht vom Bundesgerichte entschieden werden kann, sondern von den politischen Bundesbehörden beurtheilt werden muß.

2. Ist also auf die Beschwerde, soweit sie die Verletzung des Art. 7 Ziffer 4 der Kantonsverfassung rügt, zur Zeit nicht einzutreten, so muß dies dazu führen, überhaupt auf die Beschwerde in ihrem ganzen Umfange gegenwärtig nicht einzutreten. Denn: Auch insoweit die Beschwerde sich auf die Verletzung anderer Bestimmungen der Kantonsverfassung als des Art. 7 Absatz 4 stützt, ist für deren Entscheidung die (nach dem Bemerkten der Kognition des Bundesgerichtes entzogene) Frage, präjudiziell ob der fernere Bestand konfessionell getrennter Schulen mit der Bundesverfassung unvereinbar sei. Wird diese Frage bejaht und demnach angenommen, die Bundesverfassung fordere die Aufhebung der konfessionellen Schulen, so sind, wie bereits in der Entscheidung des Bundesgerichtes vom 27. März 1880 ausgeführt wurde, mit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung die den Bestand der konfessionellen Gemeindeschulen gewährleistenden Bestimmungen der kantonalen Verfassung und Gesetzgebung ipso jure aufgehoben worden; die konfessionelle Schultrennung ermangelt also von da an jeder rechtlichen Grundlage. Ist aber dies der Fall, so kann dann gewiß darin, daß die kantonalen Behörden in einem, im Rekurswege zu ihrer Kognition gelangten, Einzelfalle das Begehren um Aufrechthaltung der konfessionellen Trennung der Schule abwiesen und eine zu Herstellung eines der Bundesverfassung entsprechenden faktischen Zustandes geeignete Maßnahmen trafen, eine Verletzung der Kantonsverfassung, insbesondere ein Eingriff in die gesetzgeberischen Befugnisse des Volkes, nicht erblickt werden. Richtig ist freilich, daß die, durch eine grundsätzliche Beseitigung der konfessionellen Trennung der Schule

offenbar bedingte, allgemeine Neuordnung des Schulwesens beziehungsweise der Schulgenossenschaften im Kanton St. Gallen in das Gebiet der Gesetzgebung fällt und daß es, wenn die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen durch die Bundesverfassung wirklich aufgehoben sind, konstitutionelle Pflicht der kantonalen Behörden ist, die Aufstellung neuer organisatorischer Bestimmungen im Gesetzgebungswege anzustreben. Allein daraus folgt doch nicht, daß bis zum Erlasse eines neuen allgemeinen Gesetzes die Behörden verpflichtet seien, in streitigen Fällen zu Gunsten der Aufrechthaltung eines nach der von ihnen adoptirten, vom Bundesgerichte nicht nachzuprüfenden, Auslegung der Bundesverfassung bundesverfassungswidrigen Zustandes zu entscheiden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Beschwerde wird zur Zeit nicht eingetreten.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

29. Urtheil vom 22. April 1887 in Sachen Walther.

A. Durch Urtheil des Bezirksgerichtes Münsterthal vom 1. August 1884 wurden die Eheleute Heinrich und Anna Katharina Walther von Duvin, Kantons Graubünden, auf zwei Jahre von Tisch und Bett geschieden. Nach diesem Urtheile verweilte der (wegen liederlichen Wandels bevogtete) Ehemann noch einige Zeit am bisherigen ehelichen Wohnorte St. Maria; nachher verließ er denselben und begab sich nach Italien, kehrte dann wieder nach der Schweiz (dem Engadin) zurück, verließ dieselbe wiederholt und trieb sich einige Zeit im Großherzogthum Baden herum, wo er am 30. Januar 1886 wegen Bettelei und Landstreicherei von der Polizei aufgegriffen wurde. Seit dem 13. September 1886 hält er sich laut Zeugniß der Ortsvorsteherschaft Brunau, Kantons Thurgau, auf dem dort gelegenen Gute Oberhausen auf, wo er als Arbeiter in einer chemischen Düngerfabrik angestellt ist.

B. Nach Ablauf der zweijährigen Temporalscheidungsfrist erneuerte die Ehefrau Anna Katharina Walther beim Bezirksgerichte Münsterthal die Klage auf gänzliche Scheidung. Diese Klage wurde vom Gerichte dem Vogte des Ehemannes, Adam Paul Groß in St. Maria, mitgetheilt. Dieser sandte als Antwort darauf einen an ihn gerichteten Brief des Ehemannes vom 25. Dezember 1886 ein, aus welchem sich ergab, daß dieser sich

in Oberhausen aufhielt und in welchem der Ehemann unter Anderm erklärte, er verlange die Scheidung nicht; wenn dagegen die Frau genügende Gründe gegen ihn habe, so möge sie immerhin Scheidung verlangen; er mache sich nichts aus ihr, u. s. w. Der Vogt seinerseits fügte diesem Briefe lediglich einen Bericht über die Vermögensverhältnisse des Ehemannes bei.

C. Daraufhin erkannte das Bezirksgericht Münsterthal am 31. Januar 1887, in Erwägung, „daß Heinrich Andry Walther, „wie sich aus seiner Antwort auf die Klage der Frau Anna „Katharina Walther ergibt, in Oberhausen bei Tobel, Kanton „Thurgau, wohnt, sowie daß nach Art. 43 des Bundesgesetzes „über Civilstand und Ehe Ehescheidungsklagen am Wohnorte „des Ehemannes angebracht werden müssen: 1. Frau Anna „Katharina Walther wird auf Grund von Art. 43 C.-St.-G. „mit ihrer Ehescheidungsklage au den kompetenten Richter ge„wiesen. 2. Die Gerichtskosten im Gesammtbetrage von 32 Fr. „werden der Klägerin auferlegt.

D. Gegen diese Entscheidung ergriff die Ehefrau Walther, unter Berufung auf Art. 29 O.-G., den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In ihrer Rekursschrift stellt sie die Anträge: 1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichtes Münsterthal datirt den 31. Januar 1887 aufzuheben und die angerufene dortige Gerichtsstelle als die in vorliegender Scheidungsklage allein kompetente anzuerkennen. 2. Unter Kostenfolge gegen wen Rechtens. Zur Begründung führt sie aus: Der Vogt des beklagten Ehemannes habe seinen Wohnsitz in St. Maria; nach Art. 23 der bündnerischen Civilprozeßordnung haben Bevormundete ihren Gerichtsstand am Wohnsitze des Vormundes. Schon aus diesem Grunde sei das Bezirksgericht Münsterthal zu Beurtheilung der Scheidungsklage der Rekurrentin kompetent. Dazu komme aber, daß der Beklagte, nachdem er St. Maria verlassen, überhaupt keinen festen Wohnsitz in der Schweiz mehr erworben, sondern sich unstät an den verschiedensten Orten herumgetrieben habe. Daher könne er gemäß Art. 43 des Civilstands- und Ehegesetzes eventuell in St. Maria, als an seinem letzten schweizerischen Wohnorte, belangt werden. Endlich habe weder der Vogt des Beklagten noch dieser letztere selbst

gegen die Scheidung oder gegen den gewählten Gerichtsstand eine Einwendung erhoben.

F. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde erklärt der rekursbeklagte Ehemann Walther: Er anerkenne als Gerichtsstand für Entscheidung der Ehescheidungsklage nur denjenigen seines Domizils, d. h. das Bezirksgericht Münchweilen, Kantons Thurgau; er protestire gegen die Scheidung, für welche keine genügenden Gründe vorliegen, und bestreite auch die Kompetenz des Bundesgerichtes. Die Rekurrentin berufe sich auf Art. 29 O.-G.; nach diesem aber können, ohne Einverständniß beider Parteien, nur letztinstanzliche kantonale Haupturtheile an das Bundesgericht gezogen werden. In concreto aber liege nur ein Urtheil der ersten Instanz, des Bezirksgerichtes Münsterthal, vor.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde ohne Zweifel kompetent. Dieselbe wird als staatsrechtlicher Rekurs eingeführt. Nun ist gegen Entscheidungen der kantonalen Gerichte über den Gerichtsstand in Ehescheidungssachen der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht statthaft, wie dieses schon wiederholt (vergl. unter Anderm Entscheidung in Sachen Kurr, Band VI S. 541) ausgesprochen hat und zwar ist für eine solche staatsrechtliche Beschwerde die vorgängige Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges nach konstanter Praxis nicht unbedingt erforderlich. Wenn die Rekurrentin in ihrer Rekursschrift auf den Art. 29 O.-G. Bezug nimmt, so ist dies zwar allerdings irrig; denn Art. 29 cit. handelt nicht von den staatsrechtlichen Beschwerden, sondern von dem civilrechtlichen Rechtsmittel der Weiterziehung kantonaler Hauptur-theile, welches in casu nicht statthaft ist, da die angefochtene Entscheidung sich nicht als Haupturtheil, d. h. als ein die Hauptsache selbst materiell erledigendes Urtheil, sondern als Entscheid über eine Prozeßvoraussetzung darstellt. Allein die Kompetenz des Bundesgerichtes ist nichtsdestoweniger, zwar, wie bemerkt, nicht nach Art. 29, wohl aber nach Art. 59 O.-G. gegeben und die irrige Anführung einer unzutreffenden Gesetzesbestimmung kann der Rekurrentin, welche ausdrücklich einen staatsrechtlichen Rekurs angehoben hat, nicht schaden.

2. In der Sache selbst mag dahin gestellt bleiben, ob der Beklagte vor dem Bezirksgerichte Münsterthal deßhalb belangt werden könne, weil sein Vormund im dortigen Gerichtssprengel wohnt und nach dem kantonalen Rechte Bevogtete den Wohnsitz des Vormundes theilen, so daß Beklagter aus diesem Grunde noch gegenwärtig als dort domizilirt zu betrachten sei. Auch wenn dies verneint werden sollte nämlich, ist die Kompetenz des Bezirksgerichtes Münsterthal nichtsdestoweniger begründet. Denn nach Art. 43 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe ist der Gerichtsstand für Ehescheidungsklagen nicht an jedem blos vorübergehenden Aufenthaltsorte des Ehemannes, sondern nur am Orte des Wohnsitzes desselben, d. h. an demjenigen Orte, wo er seinen dauernden Aufenthalt genommen und wohin er den Mittelpunkt seiner Geschäfte verlegt hat, begründet. Wenn der Ehemann einen Wohnsitz in diesem Sinne entweder überhaupt nicht oder doch nicht in der Schweiz besitzt, so kann die Scheidungsklage nach Art. 43 Absatz 2 leg. cit. an seinem Heimatorte oder letzten schweizerischen Wohnorte anhängig gemacht werden. Nun hat der Ehemann Walther, seitdem er seinen frühern Wohnort in St. Maria verlassen hat, ein unstätes herumstreifendes Leben geführt, indem er bald da bald dort sich kürzere oder längere Zeit aufhielt. Einen neuen festen Mittelpunkt seiner bürgerlichen Existenz, ein neues Domizil hat er nicht erworben, auch nicht in Oberhausen; denn, wenn er auch dort seit einiger Zeit als Arbeiter ständig angestellt ist, so erhellt doch nicht, daß er diesen Ort zum bleibenden Mittelpunkte seiner Thätigkeit gewählt und sein unstätes Wanderleben definitiv aufgegeben habe. Es ist somit die Kompetenz des Bezirksgerichtes Münsterthal jedenfalls nach Art. 43 Absatz 2 des Civilstands- und Ehegesetzes begründet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt; es wird demnach die Entscheidung des Bezirksgerichtes Münsterthal vom 31. Januar 1887 aufgehoben und dieses Gericht als kompetent erklärt, die Ehescheidungsklage der Rekurrentin zu beurtheilen.

leiste den Fortbestand der katholischen und evangelischen Primarschulen in den Gemeinden. Mit dieser Gewährleistung (wie mit Art. 36 des kantonalen Erziehungsgesetzes von 1862) seien die angefochtenen Schlußnahmen der st. gallischen Behörden zweifellos und unbestrittenermaßen unvereinbar. Die Mehrheit des Regierungsrathes und des großen Rathes des Kantons St. Gallen behaupten nun freilich, Art. 7 Absatz 4 cit. der Kantonsverfassung sei durch Art. 27 der Bundesverfassung von 1874 aufgehoben. Allein dies sei, wie des nähern ausgeführt wird, unrichtig. Die blos äußerliche Konstituirung der Schulkorporationen als katholische und evangelische, wie sie sich im Kanton St. Gallen historisch herausgebildet habe, stehe weder mit dem Wortlaute noch mit dem Geiste des Art. 27 der Bundesverfassung im Widerspruch; es sei denn auch von den Bundesbehörden noch niemals grundsätzlich ausgesprochen worden, daß der Art. 27 B.-V. die Aufhebung konfessionell getrennter Schulen fordere. Auch angenommen übrigens, Art. 7 Ziffer 4 der Kantonsverfassung stände mit Art. 27 B.-V. im Widerspruch, so wäre doch das von den st. gallischen Behörden eingeschlagene Verfahren ein verfassungs- und gesetzwidriges. Die Organisaton des Schulwesens und der Schulgemeinden, die Organisation der Gemeinden überhaupt, die Amtsdauer und der Amtsantritt der Behörden derselben seien theils durch die Kantonsverfassung selbst normirt, theils sei die Aufstellung näherer diesbezüglicher Bestimmungen verfassungsmäßig ausdrücklich der Gesetzgebung vorbehalten (Art. 7 Abs. 8, Art. 20, 33, 61, 77, 81 K.-V.). Art. 43 der Kantonsverfassung sodann bestimme in Betreff der Kompetenzen des großen Rathes: „Als „oberste Behörde des Kantons erläßt und erläutert er die Ge„setze unter Vorbehalt des verfassungsmäßigen Souveränitäts„rechtes des Volkes. — Als Gesetze werden alle Erlasse an„gesehen, welche die Rechte und Pflichten der Privaten, der „öffentlichen Genossenschaften, der Gemeinden und des Staates, „sowie die organischen Einrichtungen des Staates, des Gerichts„und des Verwaltungswesens allgemein und bleibend bestimmen.“ Das Verfassunsdekret vom 10. Juni 1875 sodann schreibe vor, daß unter gewissen Voraussetzungen alle Gesetze, sowie diejenigen

allgemein verbindlichen Beschlüsse des großen Rathes, welche nicht dringlicher Natur sind, dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden sollen. Angesichts dieser klaren und unzweideutigen Verfassungsbestimmungen gehe es nicht an, daß (wie hier geschehen sei) eine einzelne politische Gemeinde, der Regierungsrath oder der große Rath im Wege bloßer Administrativverfügung eine verfassungs- und gesetzmäßig bestehende Schulgemeinde, mitten in der verfassungsmäßigen Amtsdauer ihrer Behörden, aufheben und an deren Stelle eine neue Schulgemeinde und neue Behörden kreiren; derartige organisatorische, das Volk allgemein und tief berührende, Neuerungen können nur mit Begrüßung des Volkes, auf dem Wege der Verfassungs- oder Gesetzesrevision, eingeführt werden. Daß die Regierung selbst zu ihrem Rechtsstandpunkt kein rechtes Zutrauen habe, ergebe sich aus der Aenderung, welcher sie ihre ursprüngliche Schlußnahme unterworfen habe. Zuerst habe sie die Uebernahme des gesammten Primarschulwesens durch die politische Gemeinde gutgeheißen, hernach dagegen habe sie anerkannt, daß die politische Gemeinde gesetzlich zu Verwaltung des Primarschulwesens gar nicht berufen sei und habe daher die Bildung einer neuen selbständigen Schulgemeinde angeordnet. Letzteres sei aber selbstverständlich nicht weniger gesetz- und verfassungswidrig als ersteres. Zu bemerken sei auch noch: Im Kanton St. Gallen existiren zur Zeit nicht weniger als 300—400 katholische und evangelische Schulgemeinden; diese wären nach der Meinung der Regierungs- und Großrathsmehrheit sammt und sonders verfassungswidrig. Nun sei aber gegen keine einzige andere Schulkorporation in derjenigen Weise vorgegangen worden, wie gegen die katholische Schulkorporation von Lichtensteig. Ueberall wo sonst seit 1874 eine Verschmelzung der konfessionellen Schulgemeinden stattgefunden habe, sei dieselbe im Wege der gütlichen Verständigung, nirgends im Wege der zwangsweisen Vereinigung erfolgt. Es sei weder gerecht noch billig, daß einzig gegenüber der Schulgemeinde Lichtensteig Verfassung und Gesetz zwangsweise aufgehoben werden. Wollte man zulassen, daß einzelne Gemeinden — heute diese, morgen jene, die eine so, die andere anders — (denn es seien verschiedene Lösungen der

Le procureur général Perrier a conclu au rejet du recours et au maintien de l'arrêt attaqué.

Statuant en la cause et considérant en fait et en droit :

1° En 1863, Jean-Jacques-Louis Pugin, d'Echarlens (Fribourg), catholique, épousait à Gratz, en Styrie, Mathilde Egloff, d'Engweilen, originaire de Gottlieben (Thurgovie), et née à Gratz. Par jugement du 12 Avril 1867, la Cour épiscopale de Seckau prononça la séparation de lit et de table de ces époux, aux torts du mari, pour sévices et injures « jusqu'à ce qu'une sérieuse amélioration du défendeur se soit produite avec l'aide de Dieu, et que la demanderesse puisse reprendre la vie commune sans danger. »

Ensuite d'une déclaration de la légation suisse à Vienne, du 1er décembre 1870, d'où il résulte, contrairement aux faits officiellement constatés, que le gouvernement de Fribourg aurait « reconnu le jugement en annulation du mariage » Pugin-Egloff, et ne mettrait aucun empêchement légal au » second mariage de ces époux, » la dame Pugin, née Egloff, convola en secondes noces le 27 Janvier 1871 à Ori-Szenpeter (Hongrie). Ce n'est que le 2 Août 1881 que le divorce entre les époux Pugin-Egloff fut prononcé par contumace, à l'instance du sieur Pugin, par le Tribunal civil de la Gruyère, par le motif que « la dame Pugin-Egloff, depuis la » séparation canonique, vivait en concubinage en Hongrie » avec un tiers, ce qu'elle faisait déjà pendant le mariage. » Avant ce jugement en divorce, Pugin s'était remarié, de son côté, le 14 Octobre 1875, suivant les rites de l'Eglise anglicane, à New-Beckenham, comté de Kent, avec la demoiselle Julie-Henriette Cookes, se donnant le nom de Pugin de la Trême, après avoir déclaré, sous le poids du serment, « qu'il était gentilhomme, célibataire, et professait la religion » protestante. »

Les époux vinrent s'établir en France, près Corbeil (Seine-et-Oise), où ils avaient acheté une propriété. La dame Pugin ayant appris le premier mariage de son époux, et souffrant des mauvais traitements que celui-ci lui infligeait, rentra en Angleterre, et, par citation-demande du 14 Septembre 1885,

elle ouvrit action à son dit mari aux fins de le faire condamner : *a*) à reconnaître la nullité du mariage contracté le 14 Octobre 1875, en vertu des art. 26 et 28 de la loi fédérale, pour erreur dans la personne, et par le motif que lors de la conclusion de cette union le sieur Pugin était déjà marié ; *b*) à lui payer 20 000 fr. à titre de dommages-intérêts : la dame Pugin-Cookes renonça néanmoins plus tard à cette conclusion.

Le ministère public du canton de Fribourg demanda de son côté l'annulation du mariage Pugin-Cookes, en se fondant sur l'art. 28 précité.

Par jugement par défaut du 10 Novembre 1885, le Tribunal de la Gruyère accorda à la dame Pugin ses conclusions ; L. Pugin ayant obtenu le relief de cette sentence contumaciale, réforma, à l'audience du 12 Janvier 1886, sa conclusion libératoire pure et simple, conclut à libération, cumulant avec le fond des exceptions péremptoires tirées de la prescription et du jugement en divorce de 1881. Il conclut en outre subsidiairement, pour le cas où son mariage avec la demanderesse serait annulé, à ce qu'il soit prononcé que le mariage annulé produit néanmoins à son égard les effets civils d'un mariage valable, en raison de sa bonne foi. Le Tribunal de la Gruyère a écarté cette conclusion subsidiaire et son jugement a été confirmé par arrêt de la Cour d'appel du 15 Mars 1886.

Par jugement du 20 Juillet suivant, le Tribunal de la Gruyère a admis les conclusions des parties instantes à la nullité. Pugin recourut de ce jugement à la Cour d'appel, laquelle Cour, statuant le 1er Octobre 1886, a prononcé ainsi qu'il a été dit, la nullité du mariage Pugin-Cookes, en se fondant uniquement sur le fait que L. Pugin était déjà marié lorsqu'il contracta mariage avec la demoiselle Cookes, et sur les art. 28, chiffre 1, et 51 de la loi fédérale, interdisant un second mariage dans ces circonstances.

Il résulte en outre des pièces versées au dossier depuis la déclaration de recours de L. Pugin au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour d'appel que la dame Pugin-Cookes

est décédée le 26 Octobre 1886 à Bentley-Lodge, comté de Surrey, après avoir donné naissance, le 13 Juillet précédent, à un enfant du sexe masculin, reconnu le lendemain par son père naturel, un sieur Joseph-Germain Boussarot, devant l'officier d'état civil de la commune de Montgeron (Seine-et-Oise).

2° Il n'y a, tout d'abord, pas lieu à déférer à la première conclusion principale du recourant. En effet, l'allégation que les héritiers de la dame Pugin-Cookes auraient abandonné l'action civile en nullité de mariage que cette dernière avait intentée, n'est appuyée d'aucune preuve ; cette affirmation n'a d'ailleurs été formulée qu'en ce qui concerne le père de la défunte et il n'est nullement démontré que ce dernier soit seul appelé à recueillir la succession de sa fille, à l'exclusion, par exemple, de l'enfant laissé par elle.

3° La seconde conclusion du recours tend à faire prononcer que l'action publique en nullité de mariage, ouverte par le parquet fribourgeois, doit tomber comme sans objet, vu le décès de la dame Pugin-Cookes. L'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, en statuant que le Tribunal fédéral devra baser son jugement sur l'état des faits établi par les Tribunaux cantonaux, n'a pas voulu interdire au Tribunal de céans de tenir tel compte que de droit d'un événement survenu, depuis les jugements cantonaux, dans la situation personnelle des parties, tel qu'une modification apportée à leur capacité civile, ou la mort.

Bien que le Tribunal fédéral ait ainsi vocation pour rechercher l'effet que le décès de la dame Pugin-Cookes pourrait exercer sur le sort de l'action publique, la prédite seconde conclusion doit être repoussée. L'art. 51 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage exige, sans exception ni réserve, la poursuite d'office de la nullité d'un mariage célébré contrairement aux dispositions de la loi, et en particulier contracté par des personnes déjà mariées ; or ces dispositions ne stipulent nullement, comme le font, il est vrai, d'autres législations, que cette nullité ne pourra être demandée que du vivant des époux (c. c. français, art. 190). Dans l'espèce,

d'ailleurs, l'action publique a été ouverte du vivant des deux époux ; c'est la situation à ce moment qui doit être décisive, et rien ne permet, en présence du silence de la loi, d'admettre que cette action doive tomber comme sans objet, ensuite du décès d'un des conjoints postérieurement au jugement de la dernière instance cantonale. Il est compréhensible qu'au contraire, en présence des intérêts sociaux engagés dans un procès en nullité pour cause de bigamie, par exemple, le législateur ait tenu à ce que l'action soit poursuivie et à ce que la question de l'existence d'un premier mariage, de laquelle seule dépend la nullité du second, et, le cas échéant, la culpabilité de l'époux survivant, reçoive une solution. Il va sans dire que l'examen du Tribunal fédéral doit se borner, en l'état, à l'action publique, et que les questions se rattachant au règlement des intérêts civils, ainsi qu'à l'application éventuelle de l'art. 55 de la loi fédérale précitée, vu la bonne foi prétendue par le sieur Pugin lors de la conclusion de son second mariage, échappent actuellement à son examen. Les instances cantonales ayant refusé de statuer sur ces points et décidé de prononcer préliminairement sur la seule question de la nullité du mariage, le règlement définitif des intérêts civils doit être réservé, le cas échéant, à un procès ultérieur entre les intéressés.

4° Entrant en matière sur le fond, il n'est point établi que l'arrêt dont est recours ait, en présence des faits constatés en la cause, fait une fausse application des dispositions légales régissant le litige.

Il est, en effet, constant au procès que le sieur Pugin a épousé à Gratz, en 1863, Mathilde Egloff et que celle-ci a obtenu en 1867, contre son mari, une séparation canonique, soit séparation de corps prononcée par l'évêque de Seckau ; or d'après le droit canonique, applicable alors en cette matière dans le canton de Fribourg, ainsi que d'après les termes mêmes de cette sentence, un semblable prononcé n'a pour effet que de séparer de lit et de table les deux époux, et cela, dans l'espèce, temporairement seulement, mais point de rompre définitivement les liens du mariage, ni de leur

permettre de convoler à de secondes noces. Les époux Pugin-Egloff étaient donc dûment mariés en 1875, à l'époque où le sieur Pugin contracta avec la demoiselle Cookes un second mariage, lequel se trouvait, ainsi que les Tribunaux cantonaux l'ont reconnu à juste titre, radicalement nul dès le principe, et cette nullité initiale, incontestable en droit canonique comme en droit anglais, aux termes des déclarations produites au dossier, ne pouvait disparaître par la circonstance qu'en 1881 le premier mariage du sieur Pugin a été dissous par le divorce. De même le fait que Mathilde Pugin-Egloff avait, de son côté, contracté un nouveau mariage dès 1871, bien que pouvant avoir de l'importance au point de vue de la bonne foi de L. Pugin lors de la conclusion de son second mariage, ne peut exercer aucune influence sur la persistance de l'union Pugin-Egloff, ni, par conséquent, purger la nullité de ce second mariage, célébré alors que le premier n'était point dissous.

C'est à tort que le recourant prétend que l'action publique doit être repoussée, par le motif qu'elle ne serait possible que lorsque les deux mariages coexistent, et que tel n'était pas le cas en 1885, puisqu'à ce moment le mariage Pugin-Egloff avait été dissous par le divorce.

En effet, bien que certaines législations admettent, dans ces circonstances, que le second mariage devient valide par le seul fait que les époux le continuent d'un commun consentement, la loi fédérale n'admet point un semblable mode de validation. A supposer même qu'elle l'admît, le mariage Pugin-Cookes n'en serait pas moins resté nul, puisque la dame Pugin-Cookes s'est formellement refusée à continuer la vie commune dès le moment où elle a soupçonné l'existence d'un premier mariage de son époux.

La déclaration erronée donnée par la légation suisse à Vienne en 1870 ne pouvait, enfin, pas davantage avoir pour effet de transformer en divorce la séparation canonique temporaire prononcée en 1867 entre les prédits époux Pugin-Egloff par l'autorité diocésaine de Seckau.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours de L. Pugin est rejeté, et l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Fribourg le 1er Octobre 1886 est maintenu tant au fond que sur les dépens.

III. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

32. Urtheil vom 16. April 1887 in Sachen de Weerth & Cie gegen Kammgarnspinnerei Schaffhausen.

A. Durch Urtheil vom 17. Februar 1887 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen erkannt:

1. Die Kläger sind mit ihrer Schadenersatzklage abgewiesen.

2. Sie haben sämmtliche erwachsenen Kosten und der Beklagten eine Gesammtprozeßentschädigung von 25 Fr. zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei in Abänderung des obergerichtlichen Urtheils die Entschädigungsforderung der Klägerin prinzipiell gutzuheißen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Dagegen beantragt der Anwalt der Beklagten Abweisung der Klage und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im März 1886 schloß die Firma de Weerth & Cie in Elberfeld als Käuferin mit der Kammgarnspinnerei Schaffhausen als Verkäuferin einen Vertrag über Lieferung von 8000 Kilo Kammgarn ab. Nachdem ein Theil der Waare geliefert war, bemängelte der Käufer dieselbe als nicht vertragsmäßig, weil zu „unegal," zunächst durch Anzeige an den Vertreter der Kammgarnspinnerei Schaffhausen in Elberfeld, hernach durch Zuschrift an letztere selbst vom 10. April 1886. Die Kammgarnspinnerei Schaffhausen erkannte diese Reklamation nicht als

berechtigt an, sondern wies dieselbe zurück; eventuell verlangte sie (durch Schreiben vom 4. Mai), die Garne vorerst untersuchen zu können und erbat sich zu diesem Zwecke Proben des angeblich unegalen Garns. De Weerth & Cie erklärten (indem sie gleichzeitig ein Stück der Waare an die Verkäufer gelangen ließen) durch Schreiben vom 6. Mai 1886, daß sie ihre Ausstellungen aufrecht erhalten und der Verkäuferin wiederholt „die noch in Jägerndorf (in einem Etablissement der Käuferin) liegenden 5 Kisten Nr. 7925/7929, 86 a. a. zur Verfügung stellen," ebenso „die noch unverarbeiteten Kisten 67 a. Nr. 7434 und 7478 und Nr. 8090/91, 8109, 8110, 8145, 76 a;" sie halten sich für berechtigt, von weitern Bezügen abzusehen und müssen die „Annullirung des Kontraktes" aufrechterhalten. Die Kammgarnspinnerei Schaffhausen erwiderte hierauf am 11. Mai 1886, daß die Untersuchung des ihr zugesandten Stückes der bemängelten Waare sie von der Berechtigung der Rüge nicht überzeugt habe und daß sie „auf vertraglicher Abnahme" der Garne bestehe. Die Firma de Weerth & Cie dagegen hielt durch Schreiben vom 13. Mai 1886 ihre Rügen und Erklärungen aufrecht, indem sie beifügte, wenn die Kammgarnspinnerei ihren Angaben keinen Glauben schenke, so möge dieselbe Jemanden nach Jägerndorf senden, um die dort liegende Waare zu untersuchen und sich von allem zu überzeugen. Sie (de Weerth & Cie) geben hiezu ihre volle Einwilligung. Auf diese Zuschrift antwortete die Kammgarnspinnerei am 17. Mai, die Ausführungen von de Weerth & Cie überzeugen sie nicht, daß sie Unrecht habe; es würde indeß zu weit führen und wohl auch unfruchtbar sein, „die Sache noch länger im Detail zu behandeln." „Wir ersuchen Sie also, nur damit wir genau wissen, woran „wir sind, uns deutlich mitzutheilen: 1. ob Sie wirklich für „den Rest des Kontraktes Abnahme verweigern; 2. welche Fak„turen Sie nicht bezahlen wollen." Am Schlusse ist die Hoffnung ausgedrückt, daß „Sie vielleicht dennoch sich mit unserer Anschauung noch werden befreunden können." Dies geschah nun wirklich. Denn mit Schreiben vom 20. Mai 1886 erklärten de Weerth & Cie (welchen die Zuschrift der Kammgarnspinnerei vom 17. erst am 20. Mai 1886 zugekommen war): Nachdem

größere Partien der beanstandeten Waare aus der Appretur zurückgekommen seien, sei von ihren Leuten konstatirt worden, daß die befürchteten Mängel im großen ganzen nicht stark hervortreten; sie erledigen daher „den leidigen Zwischenfall" dadurch, daß sie die an die Kammgarnspinnerei „gestellten Anforderungen auf Zurücknahme der Garne und Annullirung des Kontraktes aufheben." Bevor indeß dieses Schreiben (am 22. Mai 1886) der Kammgarnspinnerei zugegangen war, telegraphirte diese am 21. Mai an de Weerth & Cie: „Akzeptiren Ihre Annullation restlicher 4339 Kilos," und bestätigte dies durch Brief vom gleichen Tage mit dem Beifügen: „Was die zur „Disposition gestellten Kisten betrifft, so sind diese aber von der „Annullation ausgeschlossen, womit Sie wohl einig gehen." Nach Empfang der Depesche vom 21. Mai erwiderten de Weerth & Cie sofort, durch Schreiben vom gleichen Tage, daß sie bereits gestern erklärt haben, daß sie den restlichen Theil des kontrahirten Quantums noch abnehmen werden und ihre Dispositionen danach getroffen haben. Hierauf entgegnete die Kammgarnspinnerei am 24. Mai, daß sie die Kontraktsfrage durch ihr Telegramm vom 21., d. h. durch Annahme der Annullirung für erledigt halte. De Weerth & Cie beharrten indeß auf Lieferung der fraglichen Waare und theilen der Kammgarnspinnerei mit, daß sie, falls diese nicht liefere, sich genöthigt sehen, ihren Bedarf anderweitig zu decken und die Kammgarnspinnerei für die Preisdifferenz belasten werden. Da die Kammgarnspinnerei darauf beharrte, zur Lieferung nicht mehr verpflichtet zu sein, so belangten de Weerth & Cie dieselbe auf Bezahlung von 6204 M. 77 Pf. oder 7755 Fr. 96 Cts. nebst Zins zu 5 % vom 25. Juni 1886, indem sie behaupteten, der geforderte Betrag repräsentire die Differenz zwischen dem stipulirten Kaufpreise und demjenigen Preise, den sie bei einem zu anderweitiger Deckung ihres Bedarfes in Leipzig abgeschlossenen Kaufe haben bezahlen müssen. Die erste Instanz, das Bezirksgericht Schaffhausen, hat die Klage durch Urtheil vom 16. August 1886 prinzipiell gutgeheißen, vorbehältlich späterer Fixirung des Quantitativs der Entschädigung; die zweite Instanz dagegen hat dieselbe durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil abgewiesen.

2. Die erste Instanz ist davon ausgegangen, die Schreiben vom 6. Mai der Firma de Weerth & Cie enthalten einen Antrag auf Aufhebung des Lieferungsvertrages. Dieser Antrag sei von der Beklagten aber nicht rechtzeitig, binnen der in Art. 5 O.-R. normirten Annahmefrist, akzeptirt worden. De Weerth & Cie seien daher berechtigt gewesen, von demselben zurückzutreten und mit dem Momente ihrer Willensänderung sei derselbe dahingefallen. Durch die Depesche der Beklagten vom 21. Mai habe dieser Antrag daher nicht wirksam akzeptirt werden können und es sei somit niemals eine Willenseinigung über Aufhebung des Vertrages zu Stande gekommen. Die zweite Instanz dagegen führt aus: In den Briefen von de Weerth & Cie sei ein bestimmter und ausdrücklicher Antrag auf Annullation des Vertrages nicht enthalten. Aus dem gesammten Briefwechsel ergebe sich vielmehr, daß de Weerth & Cie sich gar nicht als Offerenten betrachtet, sondern sich als berechtigt erachtet haben, wegen Mängeln der Waare das schon gelieferte Quantum zur Verfügung zu stellen, für den Rest Abnahme zu verweigern und auf Vergütung des Schadens zu klagen. Die Frage, ob der Vertrag wirklich aufgelöst worden sei, beurtheile sich also gar nicht nach Maßgabe der Bestimmungen über Offerte und Annahme. Die Kläger hätten ihr Begehren um Rücknahme der Waare und Auflösung des Vertrages wegen Gewährsmängeln im Wege gerichtlicher Klage geltend machen können; sie haben es statt dessen vorgezogen, den Weg der Verhandlungen mit dem Verkäufer zu betreten und seien hiezu auch völlig berechtigt gewesen. Allein gerade wie bei Anhebung der Wandelungsklage der Verkäufer während der ganzen Dauer des Prozesses die Auflösung des Vertrages durch Zugeständniß des Klagefundamentes hätte herbeiführen können, so habe er dies auch im ganzen Laufe der Unterhandlungen durch die Erklärung, daß er nunmehr mit den Begehren des Käufers einverstanden sei, thun können. Eine solche Erklärung wäre nur dann unwirksam gewesen, wenn eine Erklärung des Käufers, daß er seine Reklamation zurücknehme, dem Verkäufer zugekommen wäre, bevor derselbe sich mit Auflösung des Vertrages einverstanden erklärt hatte. Dies sei aber hier nicht der Fall. Denn der Brief des

Käufers vom 20. Mai sei dem Verkäufer erst am 22. gleichen Monats zugegangen, also einen Tag nachdem dieser das seine Zusage enthaltende Telegramm an de Weerth & Cie abgesandt habe und dasselbe bei diesen eingetroffen sei. Nach der im eidgenössischen Obligationenrecht (Art. 3) adoptirten Empfangstheorie gelte eine Willensäußerung unter Abwesenden erst in dem Momente als geschehen, wo dieselbe beim andern Vertragstheile eingetroffen sei. Im vorliegenden Falle habe also die Käuferin ihr Begehren um Auflösung des Vertrages noch nicht zurückgezogen gehabt, als von Seiten des Verkäufers demselben entsprochen worden sei, es sei somit eine Willensübereinstimmung zu Stande gekommen. Wenn man übrigens auch annehmen wollte, es liege in den Briefen von de Weerth & Cie eine Offerte im Sinne von Art. 5 O.-R., so würde man doch zum gleichen Resultate gelangen. Denn die Annahme des Annullationsantrages der Käuferin wäre rechtzeitig geschehen. Es sei nämlich, insbesondere mit Rücksicht auf den Brief der Käuferin vom 15. Mai 1886 anzunehmen, daß im vorliegenden Falle eine die gesetzliche Annahmefrist des Art. 5 O.-R. übersteigende gewillkürte Annahmefrist gesetzt worden sei und diese sei eingehalten worden.

3. Es ist der Vorinstanz grundsätzlich darin beizutreten, daß in der mit einer Mängelrüge verbundenen Erklärung des Käufers, die Waare werde als nicht empfangbar zur Disposition gestellt, an sich ein Antrag (auf Abschluß eines liberatorischen, den ursprünglichen Kauf auflösenden Vertrages) durchaus nicht liegt. Eine derartige Erklärung ermangelt schon der für einen solchen Antrag nöthigen Bestimmtheit, da sie ja durchaus nicht besagt, gegen welche Zusagen oder Leistungen des Verkäufers sich der Käufer wegen der behaupteten Mangelhaftigkeit der Lieferung zufrieden stellen wolle. Eine einfache Erklärung, daß die Waare als nicht empfangbar zur Disposition gestellt werde, qualifizirt sich vielmehr lediglich als einseitige Rechtshandlung des Käufers, dazu bestimmt, zu deklariren, daß die geschehene Leistung nicht als vertragsmäßige Erfüllung anerkannt und angenommen werde. Dagegen ist allerdings sehr wohl möglich und kommt praktisch häufig vor, daß mit der Erklärung der Dispo-

sitionsstellung zugleich ein Vertragsoffert, eine Ausgleichsproposition, verbunden wird (z. B. der Vorschlag, den Kauf überhaupt, mit oder ohne Entschädigung des Käufers, aufzulösen). Liegt ein solches mit der Dispositionsstellung verbundenes Vertragsoffert vor, so untersteht dasselbe selbstverständlich in allen Richtungen den allgemeinen Regeln über Antrag und Annahme.

4. Im vorliegenden Falle nun liegen allerdings wohl nicht hinlängliche Anhaltspunkte dafür vor, um anzunehmen, es sei vom Käufer ein Vertragsantrag auf Aufhebung des ursprünglichen Kaufes gestellt worden. Zwar könnte hiefür angeführt werden, daß der Käufer „Annullation" des gesammten Vertrages, auch insoweit noch nicht geliefert war, verlangt habe, und daß demnach angenommen werden dürfe, er habe gütliche Regelung der entstandenen Differenz in dem Sinne beantragt, daß der ganze Lieferungsvertrag einfach rückgängig gemacht werde. Allein dies trifft doch nicht zu; der Käufer scheint vielmehr davon ausgegangen zu sein, daß die behauptete Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung ihn ohne weiters berechtige, auch die spätern Lieferungen von vornherein abzulehnen, dieselben zum vornherein zur Disposition zu stellen. Allein wenn auch insoweit der zweiten Instanz beizutreten ist, so kann doch deren Entscheidung nicht gebilligt werden. Es mag dahin gestellt bleiben, ob überhaupt durch die Genehmigung einer einfachen Dispositionsstellung der Käufer gehindert wird, seinen Entschluß nachträglich zu ändern und die Waare unter den ursprünglichen Kaufsbedingungen zu behalten (vergl. Hanausak, Haftung des Verkäufers, II 1, S. 90, u. ff.). Jedenfalls nämlich kann diese Folge nur dann eintreten, wenn die Dispositionsstellung vom Verkäufer so genehmigt wird, wie sie vom Käufer ausgesprochen wurde. Dies ist aber hier nicht geschehen. Der Käufer verweigerte nicht nur die Annahme der künftigen Lieferungen, sondern verlangte auch Rücknahme des bereits Gelieferten. Durch die Depesche und den Brief vom 21. Mai erklärte sich dagegen die Verkäuferin nur mit dem ersten nicht dagegen mit dem zweiten Theile der Begehren des Käufers einverstanden. Es kann also in den gedachten Aeußerungen des Verkäufers eine Genehmigung der Erklärung des Käufers überhaupt nicht gefunden werden; viel-

mehr kann bei dieser Sachlage diesen Aeußerungen rechtlich blos die Bedeutung eines vom Verkäufer ausgehenden Offerts beigemessen werden, welches vom Käufer erst noch hätte angenommen werden müssen, um die Aufhebung, beziehungsweise Modifikation des ursprünglichen Lieferungsvertrages zu bewirken.

5. In ganz gleicher Weise wäre offenbar auch dann zu entscheiden, wenn in den verschiedenen Schreiben des Käufers, insbesondere denjenigen vom 6. und 13. Mai ein Vertragsoffert eines liberatorischen Vertrages erblickt würde. Auch in diesem Falle könnte in der Depesche und dem Schreiben des Verkäufers vom 21. Mai nicht eine Annahme dieser Offerte, sondern müßte darin eine Ablehnung derselben, unter gleichzeitiger Stellung eines neuen modifizirten Offerts, erblickt werden.

6. Es ist somit in Aufhebung der zweitinstanzlichen Entscheidung das Urtheil der ersten Instanz wieder herzustellen, die Klage prinzipiell gutzuheißen und die Sache zu weiterer Verhandlung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als begründet erklärt; es wird demnach in Abänderung des zweitinstanzlichen Urtheils die Entschädigungsforderung der Klägerin prinzipiell gutgeheißen und die Sache zu Verhandlung und Entscheidunng über das Quantitativ dieser Forderung an die kantonalen Instanzen zurückgewiesen.

---

33. Urtheil vom 29. April 1887 in Sachen Arlès-Dufour & Cie. gegen von Schuhmacher.

A. Durch Urtheil vom 27. Januar 1887 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Die Kläger seien mit ihrer Klage für ein und allemal abgewiesen und Beklagter daher nicht gehalten, sich auf solche zu verantworten.

2. Kläger haben die ergangenen Prozeßzosten zu tragen und

daher an den Beklagten eine Kostenvergütung zu leisten von 220 Fr. 80 Cts.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Kläger an Herrn Fürsprech Dr. Joh. Winkler 309 Fr. 95 Cts.

b. Beklagter an Herrn Fürsprech Jost Weber 276 Fr. 30 Cts.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Dieselbe beantragt, es sei die vom Obergerichte ausgesprochene Präklusion aufzuheben unter Kostenfolge. Dagegen beantragt der Beklagte Abweisung der gegnerischen Beschwerde unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die klägerische Firma stand mit der Aktiengesellschaft Floretspinnerei Rothen im Geschäftsverkehr; zufolge eines Vertrages vom 9./12. August 1882 (?) war der Klägerin der Alleinverkauf und die Alleinfakturirung der Gespinnste der Fabrik Rothen gegen gewisse Gegenleistungen ihrerseits eingeräumt. Am 19. April und wiederum am 4. Mai 1883 nun aber erließen drei Verwaltungsräthe der Spinnerei Rothen, unter ihnen der Beklagte General F. von Schuhmacher, an den Direktor der Fabrik die Weisung, bis auf neue Ordre der Firma Arlès-Dufour & Cie. keine Waare, weder in Konsignation noch in Kauf ꝛc., mehr zu verabfolgen. Am 26. Mai 1883 erklärte die Spinnerei Rothen ihre Insolvenz und am 21. Juni 1883 wurde der Konkurs über dieselbe abgehalten. In diesem Konkurse gerieth die Klägerin laut Kollokation vom 15. März 1885 mit einer Summe von 63,073 Fr. 60 Cts. zu Verlust. Mit Klage vom 25. September 1885 belangte die Klägerin den Beklagten, unter Berufung auf Art. 50 u. ff. und 163 O.-R., auf Vergütung dieses Betrages, mit der Behauptung, der Verlust sei eine Folge der Weisungen der drei Verwaltungsräthe vom 19. April und 4. Mai 1883. Diese Weisungen aber seien, „vertragswidrig, widerrechtlich und gewaltthätig", und die drei Verwaltungsräthe seien für den entstandenen Schaden solidarisch verantwortlich. Der Beklagte stellte dieser Klage die Einrede der „Verjährung" entgegen und zwar

a. unter Berufung auf Art. 5 des luzernischen Konkursgesetzes, welcher lautet:

„Hat Jemand für seine liegende oder fahrende Ansprache „einen oder mehrere Bürgen oder glaubt er gegen einen Dritt„mann Regreß zu nehmen, so ist er gehalten, einen jeden sol„chen, den er der an Konkurs gerathenen Ansprache wegen be„langen zu können glaubt, rechtlich mit an den Konkurs zu „laden.

„Die gleiche Pflicht der Vorladung liegt auch den Bürgen „gegen ihre Nachbürgen oder gegen diejenigen ob, so sie aus „irgend einem Rechtsgrunde regreßweise belangen zu können „glauben.

„Falls die vorbenannten Verpflichteten nicht am Konkurs oder „zur Mittheilnahme an der Masse, bevor hierüber irgend eine „Verfügung getroffen worden ist, geladen worden wären (den „Fall der erwiesenen Unmöglichkeit jedoch vorbehalten), so er„löscht gegen diese das Recht der Klage für allfällige Bürg„oder anderwärtige Nachwährschaft."

Der Beklagte führt aus, die Klage qualifizire sich als eine Regreßklage, Beklagter aber sei an den Konkurs der Floretspinnerei nicht nachgeladen worden;

b. unter Berufung auf Art. 674 und 675 O.-R., indem seit jenem Konkurse (21. Juni 1883) bis zur Klagestellung (25. September 1885) mehr als sechs Monate verstrichen seien;

c. unter Berufung auf Art. 50 und 69 O.-R., indem seit der angeblichen schädigenden Handlung (April, Mai 1883) bis zur Klagestellung mehr als ein Jahr verflossen sei.

Die zweite Instanz hat die aufgeworfene Einrede, insofern sie auf die beiden letzterwähnten sub b und c genannten Momente gestützt wird, als unbegründet verworfen, dagegen dieselbe, soweit sie aus § 5 des luzernischen Konkursgesetzes abgeleitet wird, gutgeheißen.

2. Die Klägerin stützt ihre Beschwerde darauf, daß die Norm des § 5 des luzernischen Konkursgesetzes als Rechtssatz des materiellen Privatrechts durch das eidgenössische Obligationenrecht aufgehoben worden sei. Die zweite Instanz dagegen hat angenommen, die Bestimmung des § 5 cit. sei wohl für die Bürgschaft durch Art. 510 O.-R. außer Kraft gesetzt worden; im Weitern dagegen habe Art. 510 an § 5 cit. nichts geändert.

Zur Prüfung dieser Frage ist das Bundesgericht unzweifelhaft kompetent, während es dagegen, sofern § 5 cit. durch das Obligationenrecht nicht aufgehoben sein sollte, weiter nicht zu prüfen hätte, ob das kantonale Gericht diese kantonale Gesetzesbestimmung richtig angewendet habe.

3. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Norm des Art. 5 prozeß- resp. konkursrechtlicher Natur ist oder aber als materiell privatrechtliche Norm eine Materie betrifft, welche durch das eidgenössische Obligationenrecht geordnet ist. Ist letzteres der Fall, so ist diese Vorschrift für Forderungen, die nach eidgenössischem Obligationenrecht sich beurtheilen, ihrem ganzen Umfange nach aufgehoben und nicht nur insoweit, als sie mit einer besondern ausdrücklichen Bestimmung des eidgenössischen Obligationenrechts (dem Art. 510 O.-R.) in Widerspruch steht. Denn für diejenigen Rechtsgebiete, welche die eidgenössische Codifikation normirt, gilt, sofern kantonales Recht nicht besonders, ausdrücklich oder stillschweigend, vorbehalten ist, ausschließlich und nicht nur insoweit das Bundesgesetz einzelne Punkte speziell und ausdrücklich regelt, eidgenössisches und gar nicht mehr kantonales Recht (s. Hafner, Einleitung S. XXI u. ff.).

4. Zweifellos ist nun gewiß, daß das eidgenössische Obligationenrecht die Erlöschungsgründe der bundesrechtlich geordneten Obligationen im Allgemeinen erschöpfend normiren will und daß es den Kantonen nicht freisteht, daneben kantonalgesetzlich noch andere Erlöschungsgründe einzuführen oder beizubehalten. Eine Ausnahme hievon gilt nur insoweit, als entweder das Bundesgesetz das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält (wie z. B. in Art. 161 O.-R. rücksichtlich des Erlöschens von Forderungen wegen unterlassener Anmeldung bei öffentlicher Auskündung, speziell im Konkurse) oder die Geltung des kantonalen Rechtes stillschweigend dadurch vorbehalten ist, daß die Bundesgesetzgebung unterlassen hat, bestimmte Materien zu regeln (z. B. die Einwirkung gewisser prozeßualer Vorgänge auf das materielle Recht.) Selbstverständlich ist dabei, daß, sofern hienach die Kantonalgesetzgebung an einen gewissen Thatbestand die Erlöschung des Forderungsrechtes selbst nicht knüpfen darf, sie auch nicht befugt ist, mit demselben die Verwirkung des praktisch bedeut-

samsten Ausflusses des Forderungrechtes, des Klagerechtes, eintreten zu lassen.

5. Ein ausdrücklicher Vorbehalt des kantonalen Rechts liegt in der hier fraglichen Richtung nicht vor; ebensowenig betrifft Art. 5 des luzernischen Konkursgesetzes eine Materie, welche kantonalrechtlicher Regelung stillschweigend vorbehalten wäre. Derselbe regelt die Wirkungen, welche der Konkursausbruch über den (Haupt-) Schuldner für das Rechtsverhältniß des Gläubigers zu Bürgen oder sonstigen Gewährsträgern hat; er legt u. a. dem Gläubiger die Pflicht auf, den Gewährsträger zum Konkurse nachzuladen und knüpft an deren Versäumung die Rechtsfolge der Verwirkung des Klagerechtes. Diese Rechtssätze betreffen das Privat- und nicht das Konkurs- oder Prozeßrecht. Die Pflichten, welche dem Gläubiger mit dem Konkursausbruche über den Hauptschuldner gegenüber Dritten (Bürgen 2c.) entstehen, sind grundsätzlich Wirkung des zwischen dem Gläubiger und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses und gehören als solche, ebenso wie die Folgen, welche an deren Versäumniß sich knüpfen, durchaus dem Privat- und nicht dem Prozeß- oder Konkursrechte an. Daß dies die Auffassung des eidgenössischen Gesetzes ist, folgt unzweideutig daraus, daß es den wichtigsten der hieher gehörigen Fälle, denjenigen der Bürgschaft, in Art. 510 O.-R. (und zwar in einer von der Bestimmung des luzernischen Konkursgesetzes abweichenden Weise) ausdrücklich geregelt und nicht etwa der Ordnung durch die kantonalen Konkursgesetze überlassen hat; das Obligationenrecht normirt ja auch sogar in zahlreichen Bestimmungen, inwiefern der Konkurs Beendigungsgrund einzelner Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners (z. B. Miethe, Pacht, Gesellschaft u. s. w.) sei, wo doch viel eher als in dem vorliegenden Falle sich sagen ließe, daß es sich um eine, der Regelung durch die Konkursgesetze vorzubehaltende, spezifische Wirkung des Konkurses handle. Es ist somit die Frage, inwiefern der Gläubiger Dritten gegenüber verpflichtet sei, dieselben zum Konkurse seines Schuldners nachzuladen u. dgl. und welche Folgen eine Unterlassung nach sich ziehe, für alle überhaupt dem eidgenössischen Obligationenrecht unterstehenden Rechtsverhältnisse nach eidgenössischem und

nicht nach kantonalem Rechte zu beurtheilen. Demnach muß aber die vorderrichterliche, auf der gegentheiligen Anschauung beruhende Entscheidung aufgehoben und die Sache, da die Vorinstanzen über die ursprüngliche Begründetheit des klägerischen Anspruches nicht geurtheilt haben, zu weiterer Verhandlung und Beurtheilung an dieselben zurückgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als begründet erklärt; es wird demnach die angefochtene Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 27. Januar 1887 aufgehoben und die Sache zu weiterer Verhandlung an die kantonalen Gerichte zurückgewiesen.

---

34. Urtheil vom 30. April 1887 in Sachen Schefer und Genossen gegen Hohl.

A. Durch Urtheil vom 1. März 1887 hat das Obergericht des Kantons Appenzell A.-Rh. erkannt:

I. Es seien pflichtig, an den Kläger zu bezahlen:

a. J. J. Schefer, eine Wechselforderung von 4200 Fr. mit Zins à 6 % vom 31. Juni 1886 bis zur Zahlung, nebst 20 Fr. 50 Cts. Protestkosten, Provision und andern Auslagen;

b. K. Egger, eine Wechselforderung von 3000 Fr. mit Zins à 6 % vom 31. Juli 1886 bis zur Zahlung, nebst 18 Fr. 65 Cts. Protestkosten, Provision und andern Auslagen;

c. M. Knaus, zwei Wechselforderungen von zusammen 8000 Fr. mit Zins à 6 % vom 31. Juli 1886 bis zur Zahlung, nebst 39 Fr. 46 Cts. Protestkosten, Provision und andern Auslagen;

d. J. Rohner, eine Wechselforderung von 2000 Fr. mit Zins à 6 % vom 15. August 1886 bis zur Zahlung, nebst 18 Fr. 31 Cts. Protestkosten, Provision und andern Auslagen.

II. Die auferlaufenen Rechtskosten, 62 Fr. 70 Cts., seien zu $^{9}/_{10}$ von den Beklagten und zu $^{1}/_{10}$ vom Kläger zu tragen.

III. Das klägerische Begehren für außerrechtliche Entschädigung sei abgewiesen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt derselben: es seien in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils die Wechselforderungen des Klägers, soweit sie die von den Beklagten anerkannten Beträge übersteigen, abzuweisen, eventuell es seien dieselben jedenfalls nur zu einem Theil anzuerkennen unter Kostenfolge. Der Anwalt des Klägers dagegen trägt auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem J. U. Altherr, Schreiner (und Bauunternehmer) in Herisau, wurden von seinem Schwager R. Rutz in Langenthal aus Gefälligkeit häufig Eigenwechselformulare in blanco unterzeichnet. Altherr füllte nun eines dieser Formulare in seinen übrigen Bestandtheilen mit einem Eigenwechsel an seine Ordre datirt den 31. März 1886 aus, ließ dabei aber die Stelle für Angabe der Wechselsumme im Kontexte offen, während er rechts oben über dem Kontexte in Ziffern die Zahl 420 notirte. Hierauf ersuchte er, nachdem er auf die Rückseite sein eigenes Blankoindossament gesetzt hatte, den Beklagten Schefer, mit welchem er in Geschäftsverbindung stand, ihm den Wechsel ebenfalls zu unterschreiben. Schefer entsprach (aus Gefälligkeit) diesem Begehren durch Beisetzung seines Blancogiros, indem er dem übrigen Inhalte des Wechsels keine weitere Aufmerksamkeit schenkte, sondern nur auf die ihm von Altherr als Wechselsumme gezeigte Zahl rechts oberhalb des Kontextes achtete. Nach der Indossirung durch Schefer veränderte nun aber Altherr die letztere Zahl durch Beifügung einer Null in 4200, schrieb mit Buchstaben in den Kontext des Wechsels als Wechselsumme den Betrag von 4200 Fr. und übergab den Wechsel in dieser Beschaffenheit dem Kläger Hohl, welcher ihn, nach Beisetzung seines eigenen Indossaments, bei einem Bankinstitute negocirte und den Erlös (nach Abzug von 1 % Kommission) dem Altherr einhändigte. In ganz analoger Weise ging Altherr, — wie übrigens auch in vielen andern Fällen, — auch rück-

sichtlich der übrigen im angefochtenen Urtheile näher bezeichneten Klagewechsel zu Werke; auch bei diesen holte er das Indossament der Beklagten Egger Knaus und Rohner ein, während die Wechselsumme im Kontexte noch nicht ausgesetzt war, sondern nur rechts oberhalb des Kontextes eine Zahlangabe in Ziffern enthalten war, veränderte hernach letztere Zahl durch Beifügen einer Null aufs Zehnfache und setzte diesen Betrag als Wechselsumme in den Kontext der Wechsel ein, worauf Hohl dieselben annahm und (mit Ausnahme des von J. Rohner indossirten Wechsels, der in seinem Besitze verblieb) mit seinem Giro versehen, für Rechnung des Altherr negocirte. Durch eine, noch vor Verfall der Klagewechsel eingeleitete, Strafuntersuchung wurde die Handlungsweise des Altherr (welcher in der Folge deßhalb kriminell wegen Betrugs bestraft wurde) konstatirt. Die Beklagten verweigerten daher, als sie von dem Nehmer Hohl im Regreßwege auf Bezahlung belangt wurden, die Einlösung der betreffenden Wechsel.

2. Zur Beurtheilung der Beschwerde des Johannes Rohner ist das Bundesgericht nicht kompetent, da diesem gegenüber vor den kantonalen Gerichten nur ein Wechselbetrag von 2000 Fr. sammt Zins streitig geblieben war, so daß der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. nicht gegeben ist. Eine Zusammenrechnung der mehreren gegen die verschiedenen Beklagten in Einem Verfahren eingeklagten Streitbeträge ist nämlich, da die einzelnen Beklagten aus verschiedenen juristischen Thatsachen (Wechseln) belangt werden, nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes nicht statthaft; es muß vielmehr der gesetzliche Streitwerth rücksichtlich jeder einzelnen der bloß äußerlich in Einem Verfahren vereinigten Streitsachen gegeben sein. Bezüglich der Beschwerden der übrigen Rekurrenten dagegen ist der gesetzliche Streitwerth gegeben und das Bundesgericht somit, da die übrigen Voraussetzungen seiner Kompetenz unzweifelhaft vorliegen, kompetent.

3. Die Beklagten und Rekurrenten stellen den gegen sie erhobenen Wechselklagen die Einwendungen entgegen: 1. Sie haften nach Art. 725 Absatz 1 O.-R. überhaupt nicht wechselmäßig, weil die Schriftstücke, auf welche sie ihre Indossamente gesetzt

haben, damals (zur Zeit der Indossirung) eines wesentlichen Erfordernisses eines Wechsels, nämlich „der Angabe der zu zahlenden Geldsumme, im Kontexte mit Buchstaben geschrieben" (Art. 722 Absatz 1 O.-R.) ermangelten. Von Unterzeichnung von Wechselblanketten durch die Rekurrenten könne hier nicht die Rede sein. Zum Begriffe eines Wechselblankettes gehöre, daß der Blankounterzeichner einen Dritten ermächtige, das Blankett auszufüllen. Eine solche Ermächtigung haben die Rekurrenten nicht ertheilt; es sei ihr bestimmter Wille gewesen, sich für die in Ziffern ausgedrückten Beträge zu verpflichten, d. h. Wechsel von diesem Betrage indossiren zu wollen, sie erkennen daher auch nur diese Beträge an. 2. Die von ihnen indossirten Wechsel seien nach Beifügung ihrer Indossamente mit Rücksicht auf die Wechselsumme gefälscht worden. Wie sich aus Art. 802 O.-R. ergebe, haften sie daher wechselmäßig entweder gar nicht oder doch nur für die ursprünglichen Wechselbeträge. 3. Der Kläger sei überhaupt nicht, speziell nicht bezüglich der nach Ende April 1886 erworbenen Wechsel, in gutem Glauben gewesen.

4. Die Bestimmung des Art. 725 Absatz 1 O.-R., wonach aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels fehlt, keine wechselmäßige Verbindlichkeit entsteht, schließt nicht aus, daß Wechselverpflichtungen gültig in der Art zu Stande kommen können, daß Wechselerklärungen (Akzept nnd Indossament, ebenso wie die Wechselunterschrift des Ausstellers) auf einen noch unfertigen (überhaupt noch nicht oder nicht in allen seinen wesentlichen Bestandtheilen ausgefüllten) Wechsel gesetzt werden. Die Verwendung von Blanketten bei Unterzeichnung und Begebung von Wechseln ist vielmehr durchaus statthaft und ein in dieser Art zu Stande gekommener Wechsel ist gültig, sofern derselbe nur eben vor seiner Geltendmachung durch gehörige Ausfüllung der wesentlichen Bestandtheile aus einem unfertigen zu einem fertigen Wechsel umgestaltet worden ist. Dieser Grundsatz ist in Theorie und Praxis des Wechselrechts heute wohl nahezu einstimmig anerkannt und folgt daraus, daß das Gesetz eine bestimmte Reihenfolge, in welcher die verschiedenen Wechsel-Erklärungen und -Bestandtheile auf das

Wechselpapier zu setzen sind, nicht vorschreibt. Art. 725 Absatz 1 trifft blos den Fall, daß ein Wechsel, welchem ein gesetzliches Erforderniß mangelt, und der daher ein unvollständiger ist, als fertiger Wechsel begeben worden ist oder geltend gemacht wird. Die Beklagten können also deßhalb allein, weil zur Zeit der Indossirung die gesetzlich erforderliche Angabe der Wechselsumme in Buchstaben im Kontexte der Klagewechsel fehlte, ihre wechselmäßige Haftung nicht bestreiten.

5. Sie stützen sich denn auch weniger darauf, als vielmehr auf die Behauptung, daß sie überhaupt nicht (mit Rücksicht auf die Wechselsumme unausgefüllte) Blankette, sondern vollständige Wechsel, lautend auf die rechts oben über dem Kontexte in Ziffern angegebenen Summen, haben unterzeichnen wollen. Allein auch diese Einwendung geht fehl. Die Notiz über die Höhe der Wechselsumme, wie sie in Ziffern über dem Wechselkontexte zu stehen pflegt, ist wechselrechtlich, gemäß Art. 722 Absatz 1 O.-R., zweifellos irrelevant; die wechselrechtlich bedeutsame Angabe der Wechselsumme ist einzig die im Kontexte enthaltene, in Buchstaben geschriebene. Ein Wechsel, in welchem die Stelle für letztere Summenangabe offen gelassen ist, qualifizirt sich daher nicht als vollständiger, sondern als unfertiger, als (rücksichtlich der Wechselsumme unausgefülltes) Blankett. Wer im Vertrauen auf den Wechselnehmer einen derart unfertigen Wechsel unterzeichnet und begiebt, räumt damit dem Nehmer das Recht ein, den Wechsel rücksichtlich der Summe auszufüllen und muß diejenige Summe als Wechselsumme gegen sich gelten lassen, auf welche der Nehmer den Wechsel ausgefüllt hat. Beredungen darüber, in welcher Art und Weise beziehungsweise auf welche Summe der Nehmer den Wechsel auszufüllen habe, sind allerdings zwischen den Parteien vollständig gültig und wirksam; sie verbinden den Nehmer und begründen im Falle des Zuwiderhandelns ihm gegenüber Klage und Einrede. Dagegen affiziren dieselben das Recht aus dem Wechsel an sich nicht und begründen daher (im Falle vertragswidriger Ausfüllung des Blankettes) nicht jedem Wechselinhaber gegenüber eine Einrede. Denn trotz solcher Abreden bleibt immerhin bestehen, daß der Geber des Blanketts dem Nehmer die Ausfüllung des

Wechsels überlassen und ihm damit eine nach Außen (gegenüber Dritten) unbeschränkbare, weil in keiner im Wechselverkehr erkennbaren Weise beschränkte, Vollmacht ertheilt hat. Nur dann, wenn der dritte Wechselerwerber an der vertragswidrigen Handlungsweise des ersten Nehmers des Blanketts Theil nahm oder dieselbe doch beim Erwerbe des Wechsels kannte, wird dessen Forderung durch die Einrede der Arglist zurückgeschlagen. Diese Grundsätze sind, wie sie den Bedürfnissen des Wechselverkehrs entsprechen, auch in Theorie und Praxis des Wechselrechts weitaus überwiegend anerkannt (vergl. z. B. Thöl, Wechselrecht, 4. Auflage, §§ 34 und 182; Lehmann, Lehrbuch des Wechselrechts, § 108 und die dort sowie bei Borchart, Wechselordnung, und Litauer, Wechselordnung, zahlreich citirten Erkenntnisse). Demnach ist denn die Weiterziehung der Beklagten ohne Weiters zu verwerfen, sofern nicht etwa dargethan sein sollte, daß der Kläger beim Erwerbe der Wechsel um die betrügerischen Machinationen des Wechselnehmers Altherr gewußt habe. Denn nach dem Ausgeführten ist klar, daß die Beklagten sich dritten (gutgläubigen) Wechselnehmern gegenüber nicht darauf berufen können, daß die Blankette nicht so, wie von ihnen gewollt (nämlich auf die ursprünglich in Ziffern über dem Kontexte notirten Summen) ausgefüllt wurden und daß die Veränderung dieser Summenangaben, weil dieselben eben wechselrechtlich bedeutungslos sind, ja gar keinen rechtlich relevanten Bestandtheil der Wechselerklärung bilden, nicht eine Einrede wegen Verfälschung der Wechsel zu begründen vermag.

6. Dafür, daß der Kläger beim Erwerbe der Wechsel in bösem Glauben gehandelt resp. um die Betrügereien des ersten Wechselnehmers gewußt habe, liegt ein Beweis nicht vor. Es ist allerdings nicht richtig, wenn das Obergericht in dieser Richtung einfach darauf abstellt, daß die Strafgerichte von Einleitung einer Strafuntersuchung gegen den Kläger Umgang genommen haben und daß die Beklagten im Civilprozesse kein neues, nicht bereits von den Strafgerichten gewürdigtes, Beweismaterial vorgebracht haben. Der Civilrichter hatte selbständig zu prüfen, ob dem Kläger die Einrede der Arglist entgegenstehe. Allein es ergeben nun in der That, auch bei freier eigener Prüfung der

Akten, diese keine irgend hinlänglichen Anhaltspunkte, um dies anzunehmen und es hat denn auch heute der rekurrentische Anwalt hierauf kein erhebliches Gewicht mehr gelegt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Weiterziehung des Beklagten und Rekurrenten Johannes Rohner wird wegen Inkompetenz nicht eingetreten; die Weiterziehung der übrigen Rekurrenten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Appenzell A.-Rh. vom 1. März 1887 sein Bewenden.

---

35. Urtheil vom 6. Mai 1887 in Sachen Appenzeller Stickerkrankenkasse gegen Aylé-Idoux.

A. Durch Urtheil vom 24. Februar 1887 hat das Kantonsgericht des Kantons Appenzell J.-Rh. erkannt:

1. Es sei Herr Aylé-Idoux verpflichtet, an das an ihn angelegte Pfand von 10,644 Fr. 80 Cts. die Hälfte 5322 Fr. 40 Cts. zu bezahlen, und zwar an den Centralverband Sektion Appenzell J.-Rh.

2. Die sämmtlichen durch diesen Prozeß entstandenen Gerichtsunkosten haben beide Parteien je zur Hälfte zu tragen.

3. Von Zusprechung außerrechtlicher Entschädigung wird Umgang genommen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Die Klägerin, die Sektion Appenzell J.-Rh. des Centralstickerkrankenvereins, beantragt: es sei ihr Klagsbegehren zuzusprechen und demnach der Beklagte gerichtlich anzuhalten, sämmtliche von Anfang des Jahres 1878 bis Ende des Jahres 1885 den Arbeitern in der Fabrik „Ziel" als Maschinenentschädigung und Bußen vom Lohne abgezogenen Summen im Betrage von 10,644 Fr. 80 Cts. an die Klägerin auszubezahlen, unter Kostenfolge.

Dagegen beantragt der Anwalt des Beklagten:

a. Abänderung des kantonsgerichtlichen Urtheils vom 24. Februar laufenden Jahres im Sinne der Abweisung der Klage des Centralstickerkrankenvereins, Sektion Appenzell, weil

aa. Kläger zur Klage nicht legitimirt ist und

bb. die eingeklagte Forderung auch materiell unbegründet ist.

b. Die Verpflichtung der klagenden Partei zur Vergütung aller bisher erlaufenen gerichtlichen und Parteikosten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das am 7. März 1878 von der Standeskommission des Kantons Appenzell J. Rh. genehmigte Reglement der mechanischen Stickfabrik des Beklagten „im Ziel" in Appenzell enthielt u. a. folgende Bestimmungen: „Art. 12. Jeder Sticker, welcher ohne Bewilligung des Direktors abwesend war und sich „nicht durch ein ärztliches Zeugniß oder durch einen Ausweis „des Bezirkshauptmannamtes wegen dringender Umstände ent„schuldigen kann, bezahlt als Maschinenentschädigung für einen „halben Tag 1 Fr. 50 Cts. und für einen ganzen Tag 3 Fr." „13: Jeder Sticker, welcher ohne Urlaub zu spät erscheint oder „zu früh fortgeht, bezahlt für 15 Minuten 20 Cts., für 30 „Minuten 40 Cts., ausnahmsweise Fälle vorbehalten, welche „Gelder als Bußen der Krankenkasse zufallen; für 1/4 Tag sind „75 Cts. zu entrichten (als Maschinenentschädigung zu betrach„ten). 14: Schlechtes Putzen am Samstage wird mit 50 Cts. „gebüßt (zu Gunsten der Krankenkasse)." In Anwendung dieser Bestimmungen hat der beklagte Fabrikherr von Anfang 1878 bis Ende 1885 (wo eine Aenderung der betreffenden Reglementsbestimmungen vorgenommen wurde) den bei ihm beschäftigten Arbeitern für seine Geschäftskasse Beträge von zusammen 10,644 Fr. für „Maschinenzins" und 168 Fr. für kleinere Bußengelder vom Lohne abgezogen. Im Jahre 1885 gaben diese Lohnabzüge Anlaß zu Reklamationen bei den kantonalen und eidgenössischen Behörden. Das schweizerische Handels- und Landwirthschaftsdepartement reskribirte am 29. Januar 1886 an die Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh.: es sei strenge darauf zu halten, daß die Bußen das in Art. 7 des eidgenössischen Fabrikgesetzes vorgeschriebene Maximum (Hälfte

des Taglohnes) nicht überschreiten und es seien die bisher eingezogenen Bußen, unter Vorbehalt von Al. 4 des erwähnten Art. 7 (betreffend Lohnabzüge für mangelhafte Arbeit oder verdorbene Stoffe) zurückzuerstatten resp. dem in diesem Art. 7 vorgeschriebenen Zwecke dienstbar zu machen, also im Interesse der Arbeiter, namentlich für die Unterstützungskasse, zu verwenden, soweit es nicht geschehen sein sollte. Von der Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. über die Art und Weise der Vollziehung dieser Weisung angefragt, erwiderte das eidgenössische Handels- und Landwirthschaftsdepartement am 15. Februar 1886: Es sei unbestritten, daß der von der Firma Aylé-Idoux von den Arbeitern bezogene Maschinenzins eine ungebührliche Forderung gewesen sei; derselbe habe für den Sticker 3 Fr. per Tag betragen, während nach einer dem Departement zugekommenen, als zuverläßig bezeichneten, Berechnung der tägliche Zins einer Maschine, zu 10 % berechnet, 33 Cts. und der durch Stillestehen der Maschine dem Fabrikanten entgangene Gewinn per Tag und Maschine 44 Cts. (inklusive den erwähnten Maschinenzins) betragen solle. Das Departement finde daher, es sei billig, daß der Fabrikinhaber die als Maschinenzins bezogenen Summen zurückerstatte; dagegen wäre es, um einem definitiven Entscheide der zuständigen administrativen oder richterlichen Behörden vorzubeugen, entschieden wünschenswerth, wenn er sich auf gütlichem Wege hiezu verstehen lassen könnte. Eine gütliche Verständigung kam aber nicht zu Stande. Vielmehr klagte nun die Sektion Appenzell des Centralverbandes der Krankenunterstützungsvereine der Sticker gegen den Beklagten, vor den appenzell-innerrhodischen Gerichten dahin, derselbe habe die als Maschinenzins und Bußen bezogene Summe von 10,644 Fr. 80 Cts. an sie auszubezahlen. Der Centralverband der Krankenunterstützungsvereine der Sticker, welcher im Jahr 1883 35 Sektionen zählte, hat den Zweck, „jedem demselben als Sektion beigetretenen Krankenunterstützungsvereine der Sticker auf Grundlage der Gegenseitigkeit seine Existenz und Lebensfähigkeit zu sichern.“ Die Sektion Appenzell desselben besteht, soviel aus den Akten ersichtlich, seit Oktober 1878; Mitglieder derselben können werden, sämmtliche Sticker und Angestellten mechanischer

Stickereien, die das achtzehnte Altersjahr zurückgelegt und das fünfzigste noch nicht überschritten haben, sowie Arbeitgeber, welche noch selbst Sticker sind; als Passivmitglieder (ohne Wählbarkeit in die verwaltende Kommission) werden auch Stickfabrikanten aufgenommen. Zweck des Vereins ist Unterstützung der Mitglieder in Krankheitsfällen und Leistung eines Beitrages an die Beerdigungskosten verstorbener Mitglieder nach den nähern Bestimmungen der Statuten.

2. Der Beklagte hat in erster Linie die Parteifähigkeit des klagenden Vereins, sodann dessen Legitimation zur Sache bestritten. Ueber die erstere Einwendung sprechen sich die kantonalen Gerichte gar nicht aus. Da nun nicht behauptet ist, daß der klägerische Verein durch Eintrag in das Handelsregister nach Art. 678 oder Art. 716 O.-R. das Recht der Persönlichkeit erworben habe, da ferner nicht nachgewiesen ist, daß demselben nach kantonalem Rechte die Eigenschaft einer juristischen Person zukomme, so ist allerdings zweifelhaft, ob der Klägerin überhaupt die Fähigkeit, vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden, zustehe. Indessen soll hierauf ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, denn die Klage ist jedenfalls wegen mangelnder Legitimation der Klägerin zur Sache abzuweisen.

3. Der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation ist Bestreitung des Klagegrundes und nicht Einrede im eigentlichen Sinne des Wortes, am allerwenigsten prozeßuale Einrede. Derselbe macht ja geltend, daß das eingeklagte Recht jedenfalls in der Person des Klägers nicht begründet sei, richtet sich also gegen einen Theil des Klagefundamentes. Es ist daher klar, daß die Legitimation zur Sache der Klägerin nicht, wie die zweite Instanz annahm, einfach daraus abgeleitet werden kann, daß die Klägerin für ihre Forderung ein Pfandbot gelegt habe.

4. Der klagende Verein leitet seine Legitimation zur Sache wesentlich daraus ab, daß er während der Jahre 1878—1885 der einzige Krankenunterstützungsverein für Sticker in Appenzell gewesen sei, daß eine große Anzahl (ehemaliger und gegenwärtiger) Arbeiter der beklagten Fabrik ihm angehören, daß er an solche Arbeiter erhebliche Unterstützungsbeiträge bezahlt habe und daß auch eine größere Anzahl von (ehemaligen und gegenwärtigen)

Arbeitern der beklagten Fabrik verlangt haben, es sollen die ihnen abgezogenen Bußengelder u. s. w. in seine Kasse fallen. Art. 7 Absatz 3 des eidgenössischen Fabrikgesetzes bestimme, daß verhängte Bußen im Interesse der Arbeiter, namentlich für Unterstützungskassen, zu verwenden seien. Der den Arbeitern der beklagten Fabrik abgezogene Maschinenzins sei nun nichts anderes als eine, zudem meist das gesetzliche Maximum der Hälfte des Taglohnes übersteigende, Buße. Die betreffenden Beträge müssen also dem klagenden Vereine, als im fraglichen Zeitraume einzigen Unterstützungsvereine für Sticker, zugewendet werden.

5. Diese Argumentation geht fehl, selbst wenn deren thatsächliche, übrigens theilweise bestrittene, Prämissen als völlig richtig vorausgesetzt werden. Es kann dahin gestellt bleiben, welches die rechtliche Natur des streitigen „Maschinenzinses" ist. Denn mag es sich damit wie immer verhalten, so steht doch unter allen Umständen der Klägerin ein Recht, die betreffenden Beträge für ihre Kasse herauszuverlangen, nicht zu. Soweit in dem Maschinenzins ein zulässiger Lohnabzug für Schädigung des Fabrikherrn durch den Arbeiter liegen sollte, besteht natürlich irgendwelches Forderungsrecht überhaupt nicht. Sollten dagegen Stipulation und Bezug des fraglichen Maschinenzinses mit einer Prohibitivbestimmung des Gesetzes in Widerspruch stehen, so steht jedenfalls nicht der Klägerin, sondern nur den einzelnen Arbeitern, welchen gesetzwidrige Lohnabzüge gemacht wurden, ein Klagerecht zu. Irgend ein Rechtsgrund, auf welchen gestützt eine Unterstützungskasse oder ein Unterstützungsverein an Stelle von Fabrikarbeitern diesen gebührende, gesetzwidrig vorenthaltene, Lohnbetreffnisse für sich einklagen könnte, ist von der Klägerin gar nicht namhaft gemacht worden und besteht selbstverständlich nicht. Sollte endlich in dem Maschinenzinse eine gesetzlich zulässige, nach Art. 7 des Fabrikgesetzes im Interesse der Arbeiter, namentlich für Unterstützungskassen, zu verwendende, Buße liegen, so ist auch in diesem Falle der klägerische Verein zur Sache nicht legitimirt. Allerdings ist nach Art. 7 leg. cit. der Fabrikherr nichl berechtigt, Bußengelder seinen Geschäftseinnahmen zuzurechnen und darüber nach Belieben zu verfügen; son-

dern im Gegentheil verpflichtet, dieselben im Interesse der Arbeiter, namentlich für Unterstützungskassen zu verwenden. Dieser gesetzlichen Verpflichtung des Fabrikanten entspricht zweifellos Recht und Pflicht der administrativen Aufsichtsbehörden, über bestimmungsgemäße Verwaltung und Verwendung der Bußengelder zu wachen, insbesondere auch bei Ausstellung der hoheitlich zu genehmigenden Fabrikordnungen (Art. 8 des Fabrikgesetzes); es steht diese Verpflichtung des weitern unter der Sanktion der Strafbestimmungen des Art. 19 des eidgenössischen Fabrikgesetzes und es wird im Fernern anzuerkennen sein, daß die Arbeiter einer Fabrik berechtigt sind, gegen den Fabrikherrn im Civilwege dahin zu klagen, daß er die Bußen nicht seinem Geschäftsfonds einverleibe, sondern in angemessener Weise im Interesse seiner Arbeiter, insbsondere für eine Unterstützungskasse derselben, d. h. eine Unterstützungskasse der Fabrik, verwende. Dagegen kann gar keine Rede davon sein, daß anderweitig bestehende gewerbliche oder andere Unterstützungsvereine deßhalb, weil eine Mehrzahl von Arbeitern einer Fabrik ihnen angehört und in ihrer Eigenschaft als Vereinsmitglieder von ihnen unterstützt worden ist, berechtigt seien, die in der fraglichen Fabrik gefallenen Bußengelder ganz oder theilweise für sich zu beanspruchen. Eine derartige Berechtigung statuirt das Gesetz nirgends, sie ist vielmehr mit Wortlaut und Sinn desselben völlig unvereinbar. Nach dem Gesetze steht die Entscheidung über die Verwendung der Bußengelder zunächst der Fabrikleitung zu, — allerdings mit der Beschränkung, daß die Verwendung im Interesse der Arbeiter, namentlich für Unterstützungskassen, geschehen muß. Es ist ferner völlig klar, daß der Gesetzgeber, wenn er ein Recht von gewerblichen oder andern Unterstützungsvereinen auf die Bußengelder hätte anerkennen wollen, zugleich über Organisation und Verwaltung der berechtigten Kassen oder Vereine sichernde Vorschriften, welche eine zweckmäßige Verwendung der Fonds gewährleisten, hätte treffen müssen. Daß er dies nicht gethan hat, zeigt deulich, daß er unter den Unterstützungskassen, wovon in Art. 7 leg. cit. die Rede ist, lediglich Unterstützungskassen der Fabrik, über deren Verwaltung dem Fabrikherrn, wie auch der Arbeiterschaft der

Fabrik, eine Kontrolle zusteht, verstanden hat, wobei allerdings bedauert werden mag, daß das Gesetz über die rechtliche Stellung dieser Kassen keine nähern, deren Bestand und Schicksal z. B. für den Fall des Konkurses des Fabrikherrn sichernden, Bestimmungen getroffen hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das angefochtene Urtheil des Kantonsgerichtes des Kantons Appenzell J.-Rh. vom 24. Februar 1887 wird dahin abgeändert, daß die Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation der Klägerin abgewiesen wird.

---

36. *Arrêt du 7 Mai 1887, dans la cause de la Banque cantonale vaudoise, contre « la Liberté. »*

Par arrêt du 25 Février 1887, la Cour d'Appel du canton de Fribourg a débouté la Banque cantonale des conclusions par elle prises en la cause, et tendant à ce que le journal *la Liberté*, soit l'imprimerie catholique à Fribourg, soit condamné à reconnaître:

A. Que lui ou les personnes dont il est responsable a commis, sans droit, soit à dessein, soit par négligence ou imprudence, une faute grave en publiant dans le N° 75 du 2 Avril 1886, un télégramme daté de Lausanne, portant que la direction de la Banque cantonale vaudoise aurait reçu des observations du bureau du Contrôle fédéral des banques d'émission.

B. Qu'en conséquence il a l'obligation d'acquitter à la Banque instante, à titre de dommages-intérêts, en vertu des art. 50 et suivants du code fédéral des obligations, et sous réserve de la modération du juge, une somme de dix mille francs.

Par le même arrêt, la Cour admet le journal *la Liberté* dans sa conclusion prise en libération de celles de la partie demanderesse.

C'est contre cet arrêt que la Banque cantonale recourt au Tribunal fédéral, pour fausse application des art. 50 et suivants C. O.

Dans leurs plaidoiries de ce jour, les conseils des parties reprennent les conclusions formulées devant les instances cantonales : la partie recourante reconnaît qu'il y aura lieu en tout cas de réduire considérablement le chiffre des siennes. Elle déclare en outre renoncer à réclamer le montant minime du dommage effectif qu'elle a dû supporter pour frais de circulaires, dépêches, etc., occasionnés par la nécessité de démentir le télégramme cause du litige.

Statuant en la cause et considérant en fait et en droit :

1° Dans son N° 75 du 2 Avril 1886, le journal *la Liberté*, paraissant à Fribourg, a publié dans ses colonnes un télégramme daté de Lausanne de la teneur suivante :

» Lausanne, 1er Avril.

« On dit ici que la direction de la Banque cantonale vau-
» doise aurait reçu des observations de la part du bureau
» du Contrôle fédéral des banques d'émission. »

Le journal lausannois *l'Estafette* a reproduit cette nouvelle dans son numéro du 2 Avril, puis l'a démentie le lendemain, 3 Avril. Le 4 dit, la direction de la Banque cantonale a invité la rédaction de ce journal à porter à la connaissance du public que le fait signalé par *la Liberté* de Fribourg est absolument faux, et le 5 la même direction ayant reproché à l'*Estafette* « la légèreté coupable avec laquelle elle avait reproduit la dépêche de *la Liberté*, » la rédaction de ce journal lui a répondu, entre autres, que cette nouvelle ne pouvait porter aucune atteinte au crédit et à la considération de la Banque cantonale vaudoise.

Par exploit notifié le 8 du même mois, la dite Banque a sommé l'administration du journal *la Liberté* d'avoir à décliner le nom de l'auteur de la dépêche du 1er Avril ; mais il n'a été donné aucune suite à cette sommation.

La Banque cantonale vaudoise ayant fait assigner l'administration défenderesse devant le Tribunal de la Sarine, elle y

a pris les conclusions plus haut ténorisées. Après avoir entendu comme témoin MM. Otto Scherer, inspecteur des banques d'émission suisses, à Berne, et Mottier, contrôleur de la Banque cantonale vaudoise, le Tribunal, par jugement du 17 Décembre 1886, a débouté la demanderesse de ses conclusions : ce jugement a été maintenu par l'arrêt dont est recours.

2° C'est la Banque cantonale vaudoise et non ses employés, qui figure comme demanderesse au procès ; ces derniers n'étant point partie, il est sans intérêt de rechercher si, et éventuellement dans quelle mesure, la publication du télégramme incriminé peut leur avoir causé un dommage matériel ou porté atteinte à leur situation personnelle.

3° En ce qui concerne le dit télégramme, il est incontestable que, bien qu'il ait coïncidé avec les observations faites à la Banque cantonale par le Conseil fédéral au sujet de l'obligation de déposer à la Caisse fédérale le montant, impayé, de billets d'une ancienne émission, il n'en était pas moins inexact, en ce sens qu'aucune observation n'avait été adressée à cet établissement de crédit par le bureau du Contrôle fédéral des banques d'émission, et l'affirmation de ce fait faux, à quelques semaines de distance du jugement rendu par les Assises fédérales contre la Banque de Genève, devait faire croire au lecteur qu'il s'agissait de faits semblables à la charge de la Banque cantonale vaudoise, soit du défaut de la couverture métallique de 40 % du montant des billets mis en circulation par cet établissement.

Bien qu'il n'ait pas été établi que la Banque cantonale vaudoise ait subi, de ce chef, une atteinte appréciable à son crédit, et qu'au contraire, durant les mois qui ont suivi la publication du télégramme incriminé, ses actions aient sensiblement monté, il n'en est pas moins vrai que ce résultat doit être attribué, au moins en partie, à la circonstance que cet établissement, immédiatement après l'apparition du télégramme de *la Liberté*, s'est empressé de démentir catégoriquement ce faux bruit par télégrammes, correspondances, communications téléphoniques, etc.

Les frais occasionnés à la demanderesse par ces mesures

constitnent évidemment à son préjudice un dommage, peu considérable sans doute, de l'aveu même de la demanderesse, mais appréciable, dont l'auteur lui doit réparation, aux termes des art. 50, 51, C. O.

4° Or, s'il résulte des constatations de fait de l'arrêt dont est recours, — lesquelles lient le Tribunal de céans aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, — qu'en publiant son télégramme, le journal *la Liberté* n'a pas causé ce dommage à dessein, soit dolosivement, il ressort néanmoins de toutes les circonstances de la cause que la publication du télégramme du 1er Avril eût pu, sans les démentis immédiats et répétés de la demanderesse, nuire, au moins momentanément, en quelque mesure à son crédit, et que cette publication constitue, à la charge du journal qui l'a effectuée, une négligence, ou une imprudence qui obligerait le dit journal à réparer le dommage causé, soit les frais occasionnés à la Banque par les correspondances, télégrammes, etc., susvisés. Le conseil de la demanderesse ayant toutefois déclaré ne vouloir réclamer aucuns dommages-intérêts de ce chef, il n'y a pas lieu, vu cette renonciation, à lui allouer d'indemnité pour le coût des écritures et démarches en question.

5° La publication du télégramme du 1er Avril n'a, en tout cas, comme cela résulte des constatations qui précèdent, pas porté une atteinte grave à la situation de la Banque recourante ; il s'ensuit que l'art. 55 invoqué spécialement par la recourante n'est pas applicable à l'espèce, et qu'il n'y a dès lors pas lieu de rechercher si, en particulier, les dispositions de cet article, — autorisant l'allocation, par le juge, même alors qu'aucun dommage matériel ne serait établi, d'une indemnité équitable, en cas d'atteinte grave à la situation personnelle, — doivent être étendues aux personnes juridiques ou restreintes aux seules personnes physiques.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours de la Banque cantonale vaudoise est écarté, et

l'arrêt rendu par la Cour d'appel du canton de Fribourg, le 22 Février 1887, est maintenu dans le sens des considérants qui précèdent, tant au fond que sur les dépens.

---

37. Urtheil vom 20. Mai 1887 in Sachen Schaller und Schwegler gegen Kaufmann.

A. Durch Urtheil vom 11. Februar 1887 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Die Kläger, Kinder Kaufmann seien am Konkurse des A. Kaufmann im Tellenbach, Willisau-Land, bei ihrer Eingabe in V. Klasse Ziffer 10 mit Ausnahme des fallen gelassenen Pfandrechtes auf der Gült von 2500 Fr. allseitig beschützt und die Beklagten mit den dagegen erhobenen Bestreitungen abgewiesen.

2. Soweit über die ergangenen Prozeßkosten bereits definitiv entschieden wurde, habe es hiebei sein Bewenden. Im Weitern haben die Kläger die Hälfte ihrer Advokaturkosten in erster Instanz, sowie ihre sämmtlichen persönlichen Parteikosten an sich zu tragen; alle übrigen Kosten, inbegriffen jene des abcitirten Achermann fallen dagegen den Beklagten zur Last.

Dieselben haben daher an Kosten zu vergüten:

a. dem Anwalte des abcitirten Achermann, Herrn Fürsprech Koller, 32 Fr. 35 Cts.;

b. den Klägern 220 Fr. 25 Cts., inbegriffen 52 Fr. 35 Cts. von denselben vorgeschossene Judizialien.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Kläger an Herrn Fürsprech Hochstraßer 362 Fr. 50 Cts., inbegriffen 52 Fr. 35 Cts. vorgeschossene Judizialien (per Saldo);

b. Beklagte an Herrn Fürsprech Dr. Weibel (laut erstinstanzlicher Festsetzung) 182 Fr. 70 Cts. (inbegriffen 20 Fr. deponirte Gerichtskosten) und an Herrn Fürsprech Dr. Allgäuer 265 Fr. 25 Cts. (inbegriffen 20 Fr. deponirte Gerichtskosten).

B. Gegen dieses Urtheil erklärten die Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: das Bundesgericht wolle erkennen, die

Kläger seien mit ihrer Vindikation der Fahrhaben laut Klagespezifikation B abzuweisen und haben letztere Fahrnisse in die Konkursmasse zu fallen, unter Kostenfolge für die Kläger. Dagegen beantragt der Anwalt der Kläger, es sei die gegnerische Beschwerde abzuweisen und das Appellationsurtheil zu bestätigen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung stellt die Vorinstanz Folgendes fest: Alois Kaufmann, Müller, im Tellenbach, Willisau-Land, schuldete seinen Kindern Adolf, Anton, Maria und Luise Kaufmann, den gegenwärtigen Klägern, an Muttergut den Betrag von 8896 Fr. 58 Cts. Hiefür war gegen ihn Betreibung angehoben worden und dieselbe war am 5. November 1883 bis zum zweiten Aufrechnungsbegehren vorgeschritten. Am 21. November 1883 trat Alois Kaufmann seinen, durch den außerordentlichen Beistand Hermann Häfliger in Willisau vertretenen Kindern für ihre Muttergutsansprache eine Reihe von Fahrhabegegenständen (Lebwaare, Haus- und Feldgeräthschaften, Vorräthe an Lebensmitteln u. s. w.) im Gesammtschatzungswerthe von 8880 Fr. an Zahlungsstatt ab. Dem Abtreter wurde gestattet, von den abgetretenen Fahrhabestücken einige zu veräußern, wogegen derselbe versprach, den Erlös hiefür in die Depositalkasse von Willisau-Land abzugeben, und zu Sicherung der Erfüllung dieser Verpflichtung eine Gült von 2500 Fr. auf Heimwesen Guggi zu Willisau-Land hingab. Die über dieses Rechtsgeschäft errichtete Urkunde ist unterzeichnet vom „Abtreter" Alois Kaufmann, vom außerordentlichen Beistande Häfliger, welcher erklärt, Namens der Kinder Kaufmann die fraglichen Gegenstände im angegebenen Werthe und unter den angegebenen Bedingungen zu übernehmen, und endlich von Josef Peter, Waisenvogt, als „zugezogenem Beamten", welcher dabei erklärt, es habe die Uebergabe der Fahrhabegegenstände am Tage der Ausstellung des Aktes in seiner Gegenwart und unter seiner Mitwirkung stattgefunden, in der Weise, daß Alois Kaufmann dieselben seinen Kindern und deren Vertreter übergeben und letztere davon Besitz genommen haben. Dieser Akt wurde vom Gemeinderathe Willisau-Land am 24. November 1883 vormundschaftlich genehmigt und zwar in Erwägung: „1. Daß

„Alois Kaufmann seinen vorgenannten Kindern pro zur Hand „bezogenes Muttergut eine Summe von 8896 Fr. 58 Cts. „schuldete; 2. daß derselbe erklärte, diesen Betrag dermalen „nicht anders als durch Abtretung vorbenannter Fahrhabegegen„stände sichern resp. tilgen zu können, welche Angabe glaub„würdig erscheint, da Kaufmann notorischermaßen in bedrän„gten ökonomischen Umständen sich befindet; 3. daß laut aus„drücklicher Gesetzesvorschrift ein Ehemann von seiner Frau und „deren Rechtsnachfolgern nicht an den Konkurs getrieben werden „kann, sofern er denselben sein Vermögen, soweit nöthig, ab„tretungsweise überläßt." In einem Nachtrage vom 12. Februar 1884 erklärt Alois Kaufmann, daß seit dem Abschlusse des Vertrages vom 21. November 1883 drei Stücke Lebwaare von ihm veräußert, dagegen mehrere Stücke im gleichen Werthe neu angeschafft worden seien, welche nun als Ersatz der veräußerten den Kindern Kaufmann abgetreten und von deren Vertreter übernommen werden. Dieser (am 16. Februar 1884 vom Gemeinderathe Willisau vormundschaftlich genehmigte) Nachtrag ist unterzeichnet von Alois Kaufmann, vom außerordentlichen Beistand Häfliger und vom „zugezogenen Beamten", Ortsrichter Joh. Peter, welcher neuerdings die in seiner Gegenwart und unter seiner Mitwirkung geschehene Uebergabe und Uebernahme der neuangeschafften Thiere bezeugt. Am 27. Februar 1884 wurde über Alois Kaufmann die Aufrechnung gezogen und am 19. Mai gleichen Jahres der Konkurs abgehalten. Der vorläufig festgesetzte „Massebestand" ergibt, daß die Liegenschaften des Alois Kaufmann erheblich (um 33,814 Fr. 13 Cts.) überschuldet sind und daß einem beweglichen Vermögen desselben von (ausschließlich der abgetretenen Fahrhabegegenstände) 21,452 Fr. 70 Cts. eine Schuldenlast von 35,128 Fr. 62 Cts. gegenübersteht, so daß ein Gesammtdefizit von 47,490 Fr. 05 Cts. in Aussicht steht. Außer den abgetretenen Fahrhabegegenständen besaß A. Kaufmann an beweglichem Vermögen nur Werthschriften im Nominalbetrage von 20,166 Fr. welche größtentheils verpfändet sind, und an muthmaßlich liquiden Buchforderungen 1286 Fr. 70 Cts. Im Konkurse des Alois Kaufmann vindizirten die Kinder Kaufmann die ihnen abgetretenen Fahrhabegegenstände; diese Ansprache wurde von den

Beklagten, welche als Gläubiger im „Fahrenden" mit erheblichen Beträgen zu Verlust gerathen, bestritten. Die Vorinstanz hat durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil die Vindikationsklage der Kinder Kaufmann gutgeheißen. Zu bemerken ist noch, daß gegen Alois Kaufmann durch die gegenwärtigen Beklagten als Privatkläger, gestützt auf § 332 c des luzernischen Kriminalstrafgesetzbuches, Strafklage wegen betrügerischen Bankerotts, u. a. wegen der hier in Rede stehenden Abtretung an seine Kinder, angehoben worden war und daß derselbe in diesem Punkte vom Kriminalgerichte des Kantons Luzern freigesprochen wurde mit der Begründung: Alois Kaufmann sei zur Zeit der Abtretung allerdings vom Privatkläger Schwegler betrieben worden, dessen Betreibung er trölerischerweise hinauszuzögern gewußt habe. Allein gleichzeitig sei er auch vom Gemeinderathe für das Muttergut seiner Kinder bis zur Aufrechnung betrieben gewesen und es sei der Gemeinderath nach dem Gesetze über die eheliche Vormundschaft nicht berechtigt gewesen, den Konkurs zu verlangen, wohl aber Sicherheit zu begehren. Die Kinder müssen als besserberechtigte Ansprecher gelten, da sie auch im Konkursfalle für die Hälfte ihrer Forderung ein Vorrecht genossen hätten. Zudem sei auch in subjektiver Beziehung nicht erwiesen, daß Alois Kaufmann im Bewußtsein seiner Insolvenz gehandelt habe, da bis zur Aufrechnung noch vier Monate verstrichen seien und Kaufmann bis dahin noch 11,000 Fr. Zahlungen geleistet habe.

2. Die Beklagten bestreiten in erster Linie, daß der Besitz der abgetretenen Gegenstände, sei es durch Aushändigung derselben an die Kinder Kaufmann oder ihren außerordentlichen Beistand (Art. 200 Ziffer 1 O.-R.), sei es (durch constitutum possessorium) gemäß Art. 202 O.-R. auf die Kinder Kaufmann übertragen worden sei. Letztere seien demnach nicht Eigenthümer dieser Fahrhabegegenstände geworden. Die zweite Instanz erkennt an, daß eine Besitzübergabe im Sinne des Art. 199 O.-R. nicht stattgefunden habe. Die von dem „zugezogenen Beamten" bescheinigte „Uebergabe" und „Uebernahme" der Gegenstände habe sich offenbar auf bloße Erklärungen der betheiligten Parteien beschränkt; eine wirkliche Veränderung des Gewaltverhältnisses könne nach der ganzen Sachlage nicht statt-

gefunden haben, da unbestrittenermaßen die Gegenstände nach wie vor in den dem Abtreter Kaufmann gehörigen Gebäulichkeiten und in der gemeinsamen Haushaltung der Familie Kaufmann verblieben seien, deren Haupt und Repräsentant der Vater Alois Kaufmann gewesen und geblieben sei, dagegen liege eine Besitzübertragung im Sinne des Art. 202 O.-R. vor. Das besondere Rechtsverhältniß, auf Grund dessen die abgetretenen Sachen im Gewahrsam des Abtreters zurückgeblieben seien, liege in dem Nutznießungsrechte, welches demselben an dem Vermögen seiner minderjährigen, seiner Gewalt unterworfenen, Kinder zugestanden habe.

3. Die gegen diese Entscheidung gerichteten Beschwerden sind unbegründet. Eine körperliche Uebergabe des Besitzes durch Aushändigung der abgetretenen Sachen an die Kinder Kaufmann oder deren außerordentlichen Beistand (Art. 200 Ziffer 1 O.-R.) hat nicht stattgefunden. Die Bescheinigung des „zugezogenen Beamten", daß die „Uebergabe" und „Uebernahme" der Sachen erfolgt sei, beweist eine solche nicht; vielmehr kann diese Bescheinigung sich nur auf eine verbale Uebergabe und Uebernahme des Besitzes, welche allerdings in Gegenwart der abgetretenen Sachen erklärt worden sein mag, beziehen. Dies ergibt sich schon aus dem Inhalte der Urkunde vom 21. November 1883 selbst. Denn die Bestimmungen dieser Urkunde, insbesondere die dem Abtreter eingeräumte Befugniß, einzelne der abgetretenen Gegenstände zu veräußern, zeigen deutlich, daß die abgetretene Fahrhabe gar nicht den Kindern Kaufmann oder dem außerordentlichen Beistande derselben ausgehändigt werden, sondern vielmehr im Gewahrsam des Alois Kaufmann als Hausvater und Familienhaupt verbleiben sollte. Sie ist denn auch in den der Verfügungsgewalt des A. Kaufmann als Eigenthümer und Familienhaupt unterworfenen Haus- und Wirthschaftsräumen desselben belassen und nicht etwa in Räumlichkeiten verbracht worden, welche durch Uebergabe der Schlüssel oder sonstwie der Verfügung der Kinder Kaufmann unterstellt worden wären; es kann also auch von einer Uebergabe durch Uebertragung solcher Mittel, welche dem Erwerber die ausschließliche Verfügung über die Sache gewähren (Art. 200 Ziffer 2 O.-R.), nicht die Rede sein. Dagegen hat allerdings eine Besitz-

und Eigenthumsübertragung in der Art stattgefunden, daß der Veräußerer als Stellvertreter des Erwerbers diesem den Besitz an den in seinem (des Veräußerers) Gewahrsam verbleibenden Sachen erwarb (Art. 202 Absatz 1 O.-R.) Alle Momente, welche das Gesetz für eine solche Besitzübertragung (durch constitutum possessorium) fordert, sind gegeben. Zunächst kann nicht zweifelhaft sein, daß der Wille, Besitz und Eigenthum an den im Gewahrsam des Alois Kaufmann verbleibenden, abgetretenen Sachen auf die Kinder Kaufmann zu übertragen, bei beiden Parteien vorhanden und erklärt war. Das zeigt aufs unzweideutigste der gesammte Inhalt der Urkunde vom 21. November 1883: Der Vater Kaufmann soll hinfort mit den abgetretenen Sachen nicht mehr als Eigenthümer nach Belieben schalten und walten dürfen, sondern dieselben nur mehr als Stellvertreter seiner Kinder besitzen. Deßhalb verpflichtet er sich u. a., den Erlös von solchen Gegenständen, die er kraft der ihm ausnahmsweise eingeräumten Berechtigung veräußern sollte, in die Depositalkasse zu werfen. Freilich ist nicht ausdrücklich und wörtlich erklärt, daß der Vater Kaufmann hinfort als Stellvertreter der Kinder besitzen wolle. Allein eine solche ausdrückliche und wörtliche Erklärung fordert das Gesetz nicht; vielmehr genügt es, wenn der Wille der Parteien nur überhaupt unzweideutig geäußert ist und es schadet daher nicht, wenn die Parteien sich bei Erklärung ihres Willens juristisch nicht zutreffender Ausdrücke bedienen, wie das hier geschehen ist, wo die Parteien von Uebergabe und Uebernahme des Besitzes in einer Weise sprechen, als wenn eine, doch offenbar nicht gewollte und nicht geschehene, körperliche Besitzübergabe stattgefunden hätte. Die bloße übereinstimmende Willenserklärung der Parteien, daß der Veräußerer fortan für den Erwerber besitzen wolle, genügt nun allerdings nach Art. 202 Absatz 1 O.-R. zur Besitz- und Eigenthumsübertragung durch constitutum possessorium nicht. Vielmehr fordert das Gesetz überdem, in Anlehnung an eine in der neuern Doktrin mehrfach (z. B. durch Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 143 u. ff.; Windscheid, Pandekten I § 155) vertretene, andererseits dagegen (s. z. B. Randa, Besitz, 3. Aufl. S. 465 u. ff.; Bähr, Urtheile des Reichsgerichtes mit Besprechungen, S. 67 u. ff.; Kohler, Abhandlungen. S. 7 u. ff.,

36 u. ff.) freilich als unrichtig bekämpfte, Lehrmeinung, daß das Verbleiben des Gewahrsames beim Veräußerer auf ein „besonderes Rechtsverhältniß" als rechtfertigenden Grund (causa) sich stützen müsse. Allein auch ein solches, das Verbleiben des Gewahrsams beim Veräußerer rechtfertigendes besonderes Rechtsverhältniß ist hier, wie die Vorinstanz richtig ausführt, in dem gesetzlichen väterlichen Nießbrauche des Abtreters an den erwähnten Fahrhabegegenständen gegeben. Der Anwalt der Beklagten hat hiegegen heute eingewendet, daß das „besondere Rechtsverhältniß" des Art. 202 Absatz 1 O.-R. ein obligationenrechtliches sein müsse, nicht dagegen dem Familienrechte angehören dürfe; der väterliche Nießbrauch könne ferner deßhalb nicht als „Medium der Eigenthumsübertragung" dienen, weil er erst mit der Eigenthumsübertragung zur Entstehung gelange. Letztere Einwendung nun geht offenbar gänzlich fehl; denn es gelangt ja überhaupt (wie gerade der im Gesetze beispielsweise angeführte Fall, daß der Veräußerer die Sache auf Grund eines Miethvertrages zurückbehält, deutlich zeigt) das besondere, das Zurückbleiben des Gewahrsams beim Veräußerer begründende Rechtsverhältniß erst mit dem Eigenthumsübergange zur Entstehung; so lange der Veräußerer Eigenthümer ist, detinirt er selbstverständlich als solcher und nicht kraft eines andern „besondern Rechtsverhältnisses". Ebenso fordert das Gesetz nicht, daß das „besondere Rechtsverhälniß" ein obligatorisches sein müsse, oder wenigstens kein familienrechtliches, unmittelbar auf dem Gesetze beruhendes, sein dürfe; der französische Text des Gesetzes spricht allerdings davon, daß der Gewahrsam beim Veräußerer zurückbleiben müsse « en vertu d'une convention spéciale, » so daß behauptet werden könnte, er schließe die unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden Rechtsverhältnisse, wie familienrechtlichen Nießbrauch u. dgl., aus. Allein diese Fassung des französischen Textes kann angesichts des Umstandes, daß der deutsche und der italienische Text übereinstimmend ganz allgemein von einem „Rechtsverhältniß (rapporto giuridico) überhaupt sprechen, nicht maßgebend sein beziehungsweise dieselbe muß dahin interpretirt werden, daß es genügt, wenn der Gewahrsam beim Veräußerer kraft Einverständnisses der Parteien zurückbleibt, mag nun dieses Einverständniß die Folge eines unmittelbar auf dem Gesetze

beruhenden Rechtes des Veräußerers oder einer vertraglichen Berechtigung oder Verpflichtung desselben sein. Auch die ratio legis nämlich spricht nicht für eine einschränkende Auslegung des Gesetzes. Der Grund, warum für die Tradition durch constitutum possessorium ein besonderes, den fortdauernden Gewahrsam des Veräußerers rechtfertigendes, Rechtsverhältniß gefordert wird, liegt ohne Zweifel darin, daß man andernfalls eine Durchbrechung der Regel, daß das Eigenthum nicht durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Besitzübertragung übergehe, befürchtete (s. Exner a. a. O. S. 143 u. ff.). Deßhalb wurde verordnet, daß die bloße Erklärung des Veräußerers, daß er Besitz und Eigenthum an der in seinem Gewahrsam verbleibenden Sache sofort auf den Erwerber wolle übertragen wissen, nicht genüge, vielmehr eine bestimmte causa für den fortdauernden Gewahrsam des Veräußerers erforderlich sei. Eine solche bestimmte causa, deren Vorhandensein es ausschließt, daß die Erklärung der Besitzübertragung auch dann wirkt, wenn dieselbe eine „leere Formel" ist, liegt aber offenbar ebensowohl in einem unmittelbar auf Gesetz beruhenden, als in einem vertraglich begründeten Rechtsverhältnisse.

4. Hat also die Uebertragung von Besitz und Eigenthum durch constitutum possessorium wirklich stattgefunden, so muß sich fragen, ob nicht dieselbe gemäß Art. 202 Absatz 2 O.-R. den Beklagten gegenüber unwirksam sei, weil eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt war. Die Vorinstanz nimmt an, daß in dieser Richtung „im Wesentlichen" die Voraussetzungen der sogenannten paullianischen Klage maßgebend sein müssen und daher nach Art. 889 O.-R. das kantonale Recht zur Anwendung komme. Diese Aufstellung ist eine rechtsirrthümliche. Art. 202 Absatz 2 besagt nicht einfach, was ja auch angesichts des Art. 889 O.-R. durchaus überflüssig wäre, daß eine durch constitutum possessorium vollzogene Eigenthumsübertragung wie jede andere Rechtshandlung angefochten werden könne, wenn ihr gegenüber die Voraussetzungen des paullianischen Rechtsmittels nach kantonalem Rechte begründet seien; er enthält vielmehr einen selbständigen Rechtssatz des eidgenössischen Rechts, welcher speziell die Wirkungen des constitutum possessorium normirt. resp. beschränkt. Die Besitzübertragung durch constitutum possessorium wird

Dritten gegenüber bundesgesetzlich allemal dann als unwirksam erklärt, wenn eine Benachtheiligung der Dritten beabsichtigt wurde, ohne alle Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen der paullianischen Klage nach kantonalem Rechte vorliegen oder nicht. Die, vom Gesetzgeber offenbar mit einigem Mißtrauen aufgenommene, Besitzübergabe vermittelst Stellvertretung durch den Veräußerer wird eben in ihren Wirkungen einer Besitzübergabe nach Art. 200 Ziffer 1 und 2 nicht gleichgestellt, sondern ungünstiger behandelt, wie dies übrigens auch in andern Gesetzen (vergl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrchtes I 2 S. 611) der Fall ist und insbesondere in mehreren schweizerischen Kantonalrechten der Fall war (vergl. z. B. Satz. 432 des bernischen Civilgesetzes und § 288 des luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches, welche beide den Gläubigern des Veräußerers ohne Weiters das Recht einräumten, durch constitutum possessorium tradirte, aber nicht „förmlich ausgelieferte" Sachen zur Konkursmasse desselben zu ziehen). Demnach ist denn z. B. nach Art. 202 Absatz 2 O.-R. eine Eigenthumsübertragung durch constitutum possessorium, sofern dabei eine Benachtheiligung dritter, speziell anderer Gläubiger beabsichtigt war, selbst dann anfechtbar, wenn dadurch der Erwerber gerade dasjenige Objekt erhielt, welches er zu fordern hatte und in diesem Falle nach kantonalem Rechte die Paulliana cessirt.

5. Muß somit ohne Rücksicht auf die Grundsätze des luzernischen Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtes über das Anfechtungsrecht der Gläubiger untersucht werden, ob vorliegend im Sinne des Art. 202 eine Benachtheiligung der Beklagten in ihrer Eigenschaft als Gläubiger des Veräußerers beabsichtigt war, so ist zu bemerken: Zum Thatbestande des Art. 202 Absatz 2 ist jedenfalls mehr nicht erforderlich, als daß bei der Tradition Veräußerer und Erwerber das Bewußtsein gehabt haben, daß in Folge der Veräußerung andere Gläubiger, die sonst ganz oder theilweise befriedigt worden wären, zu Verlust gerathen werden, d. h. ihre Aussicht auf gänzliche oder theilweise Befriedigung aus dem Vermögen des Veräußerers einbüßen. Eine weiter gehende „betrügerische Absicht" ist nicht erforderlich; es kommt auch, sofern eine Benachtheiligung anderer Gläubiger nichtsdestoweniger eingetreten ist, nichts darauf an, ob dem Erwer-

ber allfällig ein Konkursprivileg für seine Forderung zustand. Nun kann aber im vorliegenden Falle nach dem für das Bundesgericht verbindlichen Thatbestande der Vorinstanz nicht als festgestellt erachtet werden, daß eine Benachtheiligungsabsicht im angegebenen Sinne bei den Kontrahenten des Rechtsgeschäftes vom 21. November 1883 obgewaltet habe. Denn die Vorinstanz geht, ganz abgesehen von ihrer rechtsirrthümlichen Anschauung, daß hier die Voraussetzungen der Paulliana nach kantonalem Rechte gegeben sein müssen, auch in rein thatsächlicher Beziehung davon aus, daß der Vater Kaufmann und ebenso die Vertretung der Kinder Kaufmann bei Abschluß des Rechtsgeschäftes vom 21. November 1883 nicht das Bewußtsein gehabt haben, daß ersterer insolvent sei und mithin durch die Abtretung an die Kinder seine übrigen (laufenden) Gläubiger benachtheilige.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 11. Februar 1887 sein Bewenden.

---

38. Urtheil vom 21. Mai 1887 in Sachen Bär & Cie. gegen Leu & Cie.

A. Durch Urtheil vom 29. März 1887 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfrage: Ist die Forderung der Appellanten gegen die Appellaten im Betrage von 8000 Fr. sammt 6 % Zinsen vom 1. Oktober 1886 an nebst Protestkosten und Spesen rechtlich begründet? erkannt:

1. Es sei die Rechtsfrage bejahend entschieden.

2. Zahlen die Appellanten ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 40 Fr. und haben sie bei den Apppellaten 180 Fr. an die Prozeßkosten zu erheben.

B. Gegen dieses Urtheil erklärten die Beklagten Jakob Bär & Cie. in Arbon die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantagt ihr Anwalt: es sei in Ab-

änderung des angefochtenen Urtheils die Klage abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge für alle Instanzen. Er erklärt, daß er eventuell Beweis dafür anerbiete, daß die Klägerin Leu & Cie. durch die thurgauische Hypothekenbank befriedigt worden sei. Dagegen beantragt der Anwalt der Klägerin und der Litisdenunziatin derselben: es sei die klägerische Forderung unter Abweisung der gegnerischen Beschwerde im Sinne des kantonalen Urtheils zu schützen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 17. Juli 1886 stellte Jakob Bär (in Firma Jakob Bär & Cie.) in Arbon folgenden Wechsel aus:

„Ende September zahle ich gegen diesen Solawechsel an die „Ordre meiner eigenen die Summe von Francs achttausend. „Den Werth erhalten.

„Auf mich selbst.

„Zahlbar bei Herrn G. Körner

„in Zürich (sig.): Jac. Bär."

Der Aussteller versah diesen Wechsel mit seinem Blancogiro und übergab denselben hieranf dem damaligen Geranten (nnd Prokuristen) der Filiale der thurgauischen Hypothekenbank in Romanshorn, Wehrli. Wehrli indossirte denselben am 18. Juli 1886 durch Beisetzung des Vollgiros der Hypothekenbankfiliale an die Aktiengesellschaft Leu & Cie., bezog von dieser die Valuta und wurde bald darauf mit dem Gelde flüchtig. Unbestritten ist, daß Jakob Bär seinerseits Valuta nicht erhalten hat, während im Uebrigen das der Ausstellung des Wechsels zu Grunde liegende Verhältniß (ob ein Gefälligkeitswechsel für Wehrli persönlich oder ein in Erwartung der Valuta zu Gunsten der Hypothekenbankfiliale ausgestellter Wechsel vorliege) bestritten und nicht festgestellt ist. Da bei Verfall Zahlung nicht erfolgte, so wurde rechtzeitig Protest erhoben und es belangten Leu & Cie. den Aussteller Jakob Bär auf Bezahlung der Wechselsumme sammt Folgen, und zwar unter Verbindung der Wechselklage mit einer gewöhnlichen Civilklage.

2. Wenn der Beklagte der Wechselklage der Klägerin in erster Linie die Einrede der mangelnden Legitimation derselben entgegenhält, so bedarf diese Einwendung im vorliegenden Falle

einer Prüfung nicht. Denn der streitige Wechsel ist überhaupt ungültig. Das Gesetz gestattet wohl beim gezogenen Wechsel, daß der Aussteller sich selbst als Wechselnehmer bezeichne (Art. 724 Absatz 1 O.-R.) Diese Bestimmung gilt aber nicht für eigene Wechsel. Denn in Art. 827 O.-R., wo diejenigen für den gezogenen Wechsel gegebenen Vorschriften, die auch für eigene Wechsel gelten sollen, erschöpfend aufgezählt werden, ist die Vorschrift des Art. 724 Abs. 1 nicht genannt und zwar offenbar absichtlich nicht. Das Gesetz wollte eigene Wechsel an eigene Ordre nicht anerkennen, weil es als essentiale des Wechsels die Benennung des Wechselnehmers verlangt, also den Inhaberwechsel ausschließt (Art. 722 Ziffer 3 und Art. 825 Ziffer 3 O.-R.), und weil nun blancogirirte eigene Wechsel an eigene Ordre der Sache nach Wechseln auf den Inhaber durchaus gleichzuachten wären, die nämlichen Verkehrsfunktionen erfüllen würden. Streitig ist allerdings, ob nicht die im eigenen Wechsel an eigene Ordre fehlende Benennung des Wechselnehmers durch das Indossament des Ausstellers nachgeholt werden könne, ob also nicht, wenn ein solcher Wechsel durch Indossament des Ausstellers an einen benannten Indossatar begeben wird, Wechsel und Indossament zusammen einen gültigen Eigenwechsel (an den ersten Indossatar als Wechselnehmer) bilden. Allein auch dies ist richtiger zu verneinen. Die Essentialien des Wechsels, also beim Eigenwechsel die Benennung eines, vom Aussteller verschiedenen, Wechselnehmers, müssen im Grundwechsel selbst enthalten sein; ein ungültiger Wechsel kann überhaupt nicht wirksam girirt werden (vergl. in diesem Sinne Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. VII S. 192 u. ff., Bd. XVI S. 147). Im vorliegenden Falle übrigens ist der Wechsel vom Aussteller nicht durch Vollgiro (an einen benannten Indossatar) sondern durch Blancogiro begeben und ist also vom Aussteller ein Wechselnehmer überhaupt nicht, weder im Grundwechsel noch im ersten Indossament, benannt worden. Daß ein solcher in blanco girirter Eigenwechsel an eigene Ordre ungültig sei, aber ist in Doktrin und Praxis nahezu einstimmig anerkannt. Es ist hiegegen freilich neuerlich (s. Lehmann, Lehrbuch S. 351 Anm. 24) eingewendet worden, daß wenn allerdings niemand gültig versprechen könne, an sich selbst zu zahlen,

so doch nichts entgegen stehe, daß jemand sich verpflichte, an seine eigene Ordre, d. h. an diejenige Person, welcher er den Wechsel indossiren werde, zu zahlen; dem widerstreite weder der Begriff der Wechselobligation noch der Wortlaut des Gesetzes; letzteres bezeichne ja den Wechselnehmer nicht als „diejenige Person, an welche gezahlt werden solle," sondern als diejenige Person, „an welche oder an deren Ordre" der Aussteller Zahlung leisten wolle; es stehe also nichts entgegen, daß Aussteller und Wechselnehmer auch beim eigenen Wechsel identisch sein können. Dies entspricht indeß dem Willen des Gesetzes nicht. Daraus, daß dieses die Regel des Art. 724 Absatz 1 O.-R. unter den auf den eigenen Wechsel anwendbaren Gesetzesbestimmungen nicht aufführt, folgt unverkennbar, daß diese Regel für den Eigenwechsel eben nicht gelten, bei diesem also das Stellen an eigene Ordre ausgeschlossen sein soll. Demnach ist denn der streitige Wechsel als ungültig zu erachten. Der Umstand, daß derselbe domizilirt und zwar bei einer bestimmten, vom Aussteller verschiedenen, Person domizilirt ist, vermag hieran nichts zu ändern. Auch der so domizilirte Eigenwechsel ist als Eigenwechsel und nicht etwa als Tratte (als trassirt eigener Wechsel) zu betrachten; das entscheidende Gewicht muß hier gewiß auf die Form gelegt werden. Liegt der Form nach ein eigenes Wechselversprechen des Ausstellers vor, so ist der Wechsel als Eigenwechsel, liegt der Form nach ein Zahlungsauftrag (an sich selbst oder an einen Dritten) vor, so ist er als gezogener Wechsel zu behandeln.

3. Der streitige Wechsel ist somit als ungültig zu betrachten; er kann auch nicht als indossabler Verpflichtungsschein gemäß Art. 843 O.-R. aufrecht erhalten werden und zwar aus dem gleichen Grunde, welcher ihn als Wechsel unwirksam macht. Dies wird auch von der Vorinstanz anerkannt. Wenn dieselbe nichtsdestoweniger zum Zuspruche der klägerischen Forderung gelangt, so geht sie dabei wesentlich von folgenden Erwägungen aus: Entweder habe der Beklagte Bär zur Zeit der Ausstellung und Begebung des Wechsels in guten Treuen gehandelt, d. h. in der Meinung, sich wirklich zu verpflichten, oder aber er sei sich schon damals bewußt gewesen, daß er bei Verfall die Zahlung zu verweigern in der Lage sein werde. Im erstern Fall

sei bei ihm der animus obligandi dahin vorhanden gewesen, Ende September dem Präsentanten der Urkunde 8000 Fr. sammt Folgen zu bezahlen und dann hafte er aus diesem Grunde. Denn ein derartiges, in Wechselform abgegebenes, Zahlungsversprechen werde nicht wirkungslos, wenn der Wechsel formell ungültig sei, da ja das Gesetz für gewöhnliche Schuldverpflichtungen keinerlei Form vorschreibe. Sei sich dagegen der Beklagte schon bei Ausstellung des Wechsels bewußt gewesen, daß die von ihm unterzeichnete Urkunde kein gültiger Wechsel sei, so hafte er aus Art. 50 O.-R. für allen Schaden, welcher aus der mit dem Bankgeranten Wehrli gemeinsam vorgenommenen Manipulation einem Dritten erwachse. In diesem Falle liege zum Mindesten eine Fahrlässigkeit des Beklagten vor, da er sich habe sagen müssen, daß Wehrli sich unter Benutzung des wechselmäßigen Scheins der Urkunde bei einem Dritten die Wechselsumme verschaffen könne und daß alsdann dieser Dritte, sofern Wehrli bei Verfall nicht mehr solvent sei, zu Schaden kommen werde. Die Solvenz des Wehrli habe dem Beklagten bei dieser Sachlage ohne Weiters als zweifelhaft erscheinen müssen.

4. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Es geht gewiß nicht an, den Aussteller eines ungültigen Wechsels einfach deßhalb für die Wechselsumme haftbar zn machen, weil er doch bei Unterzeichnung des Wechsels den animus obligandi gehabt habe. Durch die Ausstellung eines Wechsels dokumentirt der Aussteller blos den Willen, wechselmäßig haften zu wollen; ein anderweitiges „Zahlungsversprechen" an den „Präsentanten der Urkunde" gibt er nicht; ist daher der Wechsel rechtlich ungültig, so haftet der Aussteller aus dem im Wechsel enthaltenen „Zahlungsversprechen" als solchem nicht. Ob überhaupt eine (civilrechtliche) Verpflichtung desselben begründet sei, ist lediglich nach dem der Wechselausstellung zu Grunde liegenden Verhältnisse zu beurtheilen, wobei der (ungültige) Wechsel blos als Beweismittel unter Umständen in Betracht kommen kann. In concreto nun ist irgend welche außerhalb des (ungültigen) Wechselversprechens liegende vertragliche Verpflichtung des Beklagten nicht bewiesen, ja nicht einmal behauptet; ebensowenig ist ungerechtfertigte Bereicherung behauptet. Es kann sich daher

blos fragen, ob der Beklagte nicht ex delicto, gemäß Art. 50 u. ff. O.-R., hafte. Davon kann nun aber nach dem vorliegenden Thatbestande gar keine Rede sein. Wenn allerdings der Beklagte dem (später flüchtig gewordenen) Bankgeranten Wehrli den streitigen Wechsel zur Verwerthung übergeben hätte, mit dem Bewußtsein, daß derselbe ungültig sei, und mit der Absicht, seine wechselmäßige Haftung später zu bestreiten, so wäre er wohl ex delicto verantwortlich. Allein dies ist nun thatsächlich in keiner Weise festgestellt, ja nicht einmal von der Klägerin bestimmt behauptet; im Gegentheil hat der klägerische Anwalt heute selbst erklärt, es sei wahrscheinlich, daß der Beklagte zur Zeit der Wechselausstellung der Meinung gewesen sei, eine gültige Wechselverpflichtung einzugehen. Damit fällt aber offenbar das Fundament einer Deliktsklage gegen den Beklagten gänzlich dahin. Denn soviel ist jedenfalls klar, daß die Klägerin den Beklagten nicht etwa deßhalb verantwortlich machen kann, weil er fahrlässigerweise ein ungültiges Papier ausgestellt habe, während er dessen Ungültigkeit bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte einsehen müssen. Denn, von allem Andern abgesehen, träfe ja ein Vorwurf in dieser Richtung in allererster Linie die Klägerin selbst, welche das ungülige Papier als gültig angenommen hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird begründet erklärt und es wird in Abänderung des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 29. März 1887 die Klage abgewiesen.

---

39. Urtheil vom 4. Juni 1887 in Sachen Wittwe Amberg gegen Amberg und Genossen.

A. Durch Urtheil vom 28. Januar 1887 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Die von Josef Amberg sel. seiner Zeit bei der Rentenanstalt in Zürich erworbene Versicherungspolice, betragend 3000 Fr. und fällig auf dessen Todestag, den 12. Februar

1884 sei der Konkursmasse des Josef Amberg sel. als Eigenthum zurückzustellen, beziehungsweise von der Rentenanstalt in Zürich an besagte Konkursmasse abzubezahlen.

2. Die Beklagte habe der Klägerschaft von der Versicherungssumme von 3000 Fr. den Zins seit dem 1. Februar 1886 zu 4 % zu vergüten.

3. Soweit über die ergangenen Kosten nicht schon definitiv entschieden wurde, haben die Kläger die Hälfte ihrer Advokaturkosten, sowie ihre sämmtlichen persönlichen Parteikosten an sich zu tragen; alle weitern Kosten in beiden Instanzen habe dagegen die Beklagte zu bezahlen. Sie habe demnach an die Kläger eine Kostenvergütung zu leisten von 287 Fr. 70 Cts. (wobei den Klägern 100 Fr. per geleisteten Kostenvorschuß in erster Instanz gutgeschrieben sind).

4. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Kläger an Herrn Fürsprech Jost Weber 485 Fr. 25 Cts. (inbegriffen obigen Kostenvorschuß von 100 Fr.);

b. Beklagte an Herrn Fürsprech Muff 324 Fr. 65 Cts.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte die Beklagte, Wittwe Marie Amberg, die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der am 28. Mai abhin stattgefundenen mündlichen Verhandlung vor Bundesgericht stellte ihr Vertreter die Anträge: Es sei das Urtheil im Sinne der von der Beklagten vor erster Instanz gestellten Rechtsbegehren umzuändern und sonach

1. die Klage abzuweisen;

2. die Beklagte im Besitze und als rechtmäßige Inhaberin besagter Police bei ihrem Anspruchsrechte auf die Auszahlung der Versicherungssumme von 3000 Fr. zu beschützen;

3. Kläger zur Zinsvergütung von der Versicherungssumme von 3000 Fr. seit 12. Mai 1884 à 4 % an Beklagte zu verurtheilen;

4. unter Kostenfolge der Kläger.

Der Anwalt der Kläger dagegen beantragt: Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Josef Amberg, gew. Wirth in Eschenbach, versicherte sich laut Police vom 25 August 1875 bei der schweizerischen Renten-

anstalt in Zürich auf sein Ableben hin für eine Summe von 3000 Fr. Nach Inhalt der Police wird die Versicherungssumme „nach Vorschrift und im Sinne der Statuten" dem „Policeinhaber" zugesichert. Die der Police nachgedruckten Statuten bestimmen: § 19, Abs. 2: Der Inhaber „der Police „gilt als redlicher Besitzer; die Rentenanstalt zahlt rechtsgültig „an ihn und sie zahlt in der Regel nur an den Inhaber." § 20: „Die Police lautet auf den Namen des Einlegers, resp. „des Versicherten. Dieselbe kann veräußert und verpfändet werden", u. s. w. In der „Vertragseinleitung" sowie in der „Deklaration" des Versicherten ist darüber, daß die Versicherung zu Gunsten Dritter abgeschlossen werden wolle, nichts bemerkt. Dagegen wird im Agenturberichte die Frage, welches der Zweck der Versicherung sein möge, dahin beantwortet: „Obsorge für die Familie." Am 12. Februar 1884 starb der Versicherte mit Hinterlassung einer Wittwe ohne Kinder. Bei Versiegelung des Nachlasses weigerte sich die Wittwe anfänglich, die Versicherungspolice dem amtirenden Gemeinderathspräsidenten herauszugeben, mit der Behauptung, dieselbe sei ihr Eigenthum. Schließlich gab sie aber das Papier doch heraus, auf das Zureden des Beamten, daß sie dasselbe wieder bekommen werde, sofern es ihr Eigenthum sei. Der Gemeinderathspräsident übergab in der Folge, nachdem über den Nachlaß der Konkurs ausgebrochen war, die Police dem Massakurator, der sie seinerseits dem heutigen Mitkläger Professor B. Amberg einhändigte, damit dieser die Einkassirung der Versicherungssumme besorge. Bevor aber die Auszahlung erfolgte, erwirkte die Wittwe Amberg ein gerichtliches Zahlungsverbot und klagte gegen den Professor B. Amberg vor dem Bezirksgerichte Zürich ihre Eigenthumsansprache an der Police ein; da der Beklagte nicht erschien, so erstritt sie, auf einseitigen Vortrag hin, ein obsiegliches Urtheil (vom 13. September 1884). Als indeß das Bezirksgericht Zürich dieses Urtheil rücksichtlich des Kostenpunktes gegen den Professor Amberg im Kanton Luzern zur Vollstreckung bringen wollte, wurde durch Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 22. Mai 1885 die Vollstreckung verweigert, weil der Beklagte nicht richtig vorgeladen worden, auch das Bezirksgericht Zürich nicht kompetent

gewesen sei. Im Konkurse des Josef Amberg entstand zwischen der Wittwe Amberg und einzelnen Konkursgläubigern (den gegenwärtigen Klägern) Streit über das Eigenthum an der Police. Die Konkursgläubiger übernahmen, zufolge einer Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 23. September 1885, die Klägerrolle und reklamirten die streitige Police resp. die Versicherungssumme als Guthaben zu Handen der Konkursmasse. Die Beklagte wendete hingegen ein: 1. die Police sei ein Inhaberpapier und befinde sich im rechtlichen Besitze der Beklagten; letztere sei infolge dessen einzig berechtigt, die Ansprüche gegenüber der Versicherungsgesellschaft geltend zu machen; 2. die Police sei ihr von ihrem verstorbenen Ehemanne zu Eigenthum übergeben worden, wie die Zeugen Bründler und Frey, vor welchen derselbe dies am 10. Februar 1884 erklärt habe, bestätigen werden. 3. Der Ehemann Amberg habe die Versicherung überhaupt zu ihren (der Beklagten) Gunsten eingegangen. 4. Die Streitsache sei (durch das Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. September 1884) bereits rechtskräftig zu ihren Gunsten entschieden. Die erste Instanz, (Bezirksgericht Kriens und Malters) entschied dahin, die auf die Police bezahlten Prämien seien der Konkursmasse des Amberg auszubezahlen, das Uebrige falle der Beklagten als deren Eigenthum zu. Die zweite Instanz dagegen hat durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil das Klagebegehren der Konkursgläubiger der Hauptsache nach (immerhin unter Reduktion des Zinsenanspruches) zugesprochen und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen: die Police sei kein Inhaberpapier, sondern ein bloßes Legitimationspapier, denn die Versicherungsgesellschaft sei nicht schlechthin verpflichtet, an den Inhaber zu bezahlen, sondern nur berechtigt (nicht aber verpflichtet) die Prüfung der Legitimation des jeweiligen Policeinhabers zu unterlassen; auch finde auf die Police offenbar der für Inhaberpapiere geltende Rechtssatz (Art. 847 O.-R.), daß dem Inhaber keine Einreden aus dem der Schuldurkunde zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse entgegengestellt werden können, keine Anwendung. Die einfache Berufung auf den Besitz Seitens der Beklagten sei also nicht durchschlagend; es müsse vielmehr die behauptete Eigenthumsübertragung an die Beklagte bezüglich ihrer for-

mellen Wirksamkeit einfach nach den Grundsätzen über Abtretung von Forderungen beurtheilt werden und zwar kommen die Vorschriften des eidg. Obligationenrechtes zur Anwendung, da das Vorkommniß vor den Zeugen Bründler und Frey, auf welches die Beklagte sich berufe, in den letzten Lebenstagen des Josef Amberg am 10. Februar 1884 sich zugetragen habe und die Beklagte kein vor dem 1. Januar 1883 liegendes Datum geltend mache, gegentheils sich ausdrücklich auch auf die Bestimmungen des neuen Rechts berufe. Sei dem aber so, so scheitere die Wirksamkeit der vorgeschützten Abtretung schon an der Vorschrift des Art. 184 O.-R., da die hienach erforderliche schriftliche Beurkundung der Abtretung zugestandenermaßen nicht stattgefunden habe. Dafür daß die Beklagte als Dritte ohne Weiteres aus dem Vertragsschlusse (ohne spätere Rechtsübertragung) Rechte erworben hätte, müßte gefordert werden, daß ersichtlicherweise die Leistung unter den vertragsschließenden Parteien zu ihren Gunsten, bezw. überhaupt zu Gunsten Dritter bedungen worden sei (Art. 128 O.-R.) Nun bezeichne die Police eine Drittperson, welcher die Rechte aus dem Versicherungsvertrage zustehen sollen, nicht; auch die Deklarationen oder die Vertragseinleitung enthalten keinerlei diesbezügliche Bestimmung. Die Angabe des Agenten der Versicherungsgesellschaft in seiner Begutachtung der Versicherung endlich, daß der Zweck der Versicherung „Vorsorge für die Familie" sei, besitze hier keine rechtliche Bedeutung. Möge dieses Urtheil des Agenten über das Motiv der Versicherung selbst auf der eigenen Angabe des Versicherten beruhen, so könnte dies den Vertrag offenbar noch nicht zu einem Vertrage zu Gunsten Dritter stempeln, um so weniger, als dieses Motiv an und für sich noch gar nicht bedinge, daß nach der Intention des Versicherten die Versicherungssumme im Voraus der Familie desselben zukommen solle. Es liege also ein Nachweis dafür, daß Josef Amberg sel. die Versicherung zu Gunsten der Beklagten eingegangen habe, nicht vor. Die Versicherungssumme sei daher als Bestandtheil seines Nachlasses zu behandeln. Die Einrede der abgeurtheilten Sache sei bereits durch das obergerichtliche Erkenntniß vom 22. Mai 1885 erledigt. Es fehle für dieselbe auch das Erforderniß, daß über die gleiche Sache zwischen den gleichen

Parteien geurtheilt worden sei. Denn zu der Verhandlung vor Bezirksgericht Zürich sei blos der Mitkläger B. Amberg, und zwar nicht etwa als Vertreter der Konkursmasse oder der übrigen Mitkläger vorgeladen worden, wie denn auch gar nicht ersichtlich sei, daß derselbe zu einer solchen Vertretung befugt gewesen wäre.

2. Die auf das Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. September 1884 gestützte Einrede der abgeurtheilten Sache beurtheilt sich nicht nach den Normen des eidgenössischen Privatrechts, sondern zunächst nach den Regeln des kantonalen Rechts. Dieselbe entzieht sich daher der Kognition des Bundesgerichtes als Civilgerichtshof. Uebrigens ist diese Einrede vom Vorderrichter offenbar mit Recht verworfen worden.

3. Was sodann die Frage anbelangt, ob der vermittelst der Police vom 25. August 1875 vom Ehemann der Beklagten mit der schweizerischen Rentenanstalt abgeschlossene Versicherungsvertrag zu Gunsten der Beklagten abgeschlossen worden sei, derart, daß durch den Vertrag selbst ein (bedingtes und belegtes) Recht der Beklagten auf die Versicherungssumme begründet wurde, so ist dieselbe nicht nach eidgenössischem, sondern nach dem zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrages geltenden kantonalen Rechte zu beurtheilen. Freilich wird das Recht des Dritten, zu dessen Gunsten eine Versicherung des eigenen Lebens auf den Todesfall abgeschlossen ist, jedenfalls erst mit dem Tode des Versicherten zu einer festen, einseitig nicht mehr entziehbaren, Berechtigung. Allein die für den Rechtserwerb des dritten Begünstigten grundlegende juristische Thatsache ist doch der Versicherungsvertrag; nach dem zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrages geltenden Rechte ist also gemäß Art. 882, Abs. 1 O.-R. zu beurtheilen, ob ein Vertrag zu Gunsten des Dritten abgeschlossen wurde und gültig abgeschlossen werden konnte. Demnach entzieht sich die Entscheidung des Vorderrichters in dieser Beziehung der Nachprüfung des Bundesgerichtes (Art. 29 O.-G.)

4. Ebenso ist für die rechtliche Natur der streitigen Lebensversicherungspolice, dafür ob dieselbe als Inhaberpapier oder als bloßes Legitimationspapier zu betrachten sei, das zur Zeit ihrer Ausstellung geltende kantonale und nicht das eidgenöss-

fische Recht maßgebend (vergl. hierüber die ausführliche Erörterung in der bundesgerichtlichen Entscheidung in Sachen Hauert vom 21. Juni 1884, Amtliche Sammlung X S. 276 u. ff.); es ist somit gemäß der Entscheidung des Vorderrichters ohne weiteres davon auszugehen, daß die streitige Police kein Inhaberpapier sondern ein Legitimationspapier ist, aus welchem nicht der Inhaber als solcher, sondern nur Derjenige berechtigt ist, welcher seinen (mittelbaren oder unmittelbaren) Rechtserwerb vom Promissar des Versicherungsvertrages nachzuweisen vermag.

5. Demnach ist denn klar, daß ein Recht der Beklagten auf die Versicherungssumme nur dann anerkannt werden kann, wenn die Forderung aus dem Versicherungsvertrage ihr von ihrem verstorbenen Ehemanne wirksam abgetreten (cedirt) worden ist. Dafür nun, ob eine solche Abtretung wirksam stattgefunden habe, ist der Zeit nach gemäß Art. 882, Abs. 2 O.-R. eidgenössisches und nicht kantonales Recht maßgebend. Denn die von der Beklagten behauptete Abtretung fällt in die Zeit nach dem Inkrafttreten des eidg. Obligationenrechtes und es wäre übrigens auch im Zweifel nach Art. 904 O.-R. das eidgenössische Gesetz anzuwenden. Dagegen hat der Anwalt der Beklagten im mündlichen Vortrage behauptet, es sei hier sachlich eidgenössisches Recht nicht anwendbar, insbesondere komme Art. 184 O.-R. nicht zur Anwendung. Die behauptete Abtretung an die Beklagte könne nicht anders qualifizirt werden denn als Schenkung; die Form der Schenkung bestimme sich aber gemäß Art. 10 O.-R. nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Rechte; nach kantonalem luzernischem Rechte aber, welches die Regel des Art. 184, Abs. 2 O.-R. nicht kenne, liege hier eine gültige Schenkung vor. Diese Ausführungen vermöchten jedenfalls den Antrag der Beklagten auf sofortige Abweisung der Klage nicht zu begründen; wären dieselben richtig, so könnten sie blos dahin führen, die vorinstanzliche Entscheidung, weil in derselben zu Unrecht und unter Verletzung des Art. 10 O.-R. die Regel des Art. 184, Abs. 2 O.-R. angewendet worden sei, aufzuheben und die Sache zu erneuter Beurtheilung an den Vorderichter zurückzuweisen. Denn dieser hat über die Frage, ob hier eine, nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts gültige Schenkung vorliege,

gar nicht entschieden, weil er hiezu, von seinem Standpunkte aus, daß von einer wirksamen Abtretung schon mit Rücksicht auf Art. 184, Abs. 2 O.-R. nicht die Rede sein könne, keine Veranlassung hatte. Das Bundesgericht dagegen wäre nach Art. 29 O.-G. gewiß nicht befugt, über die Frage der Gültigkeit der Schenkung nach kantonalem Rechte seinerseits zu entscheiden. Die gedachte Ausführung des Anwaltes der Beklagten kann aber überhaupt nicht gebilligt werden. Richtig ist freilich, daß das kantonale Recht die Form der Schenkung bestimmt (Art. 10) O.-R.) und daß demgemäß nach kantonalem Rechte zu entscheiden ist, ob eine Schenkung (möge nun dieselbe eine Forderung irgend welcher Art, eine bewegliche oder unbewegliche körperliche Sache oder was immer betreffen) zwischen den Parteien formlos verbindlich ist oder zu ihrer Gültigkeit einer bestimmten und welcher Form bedarf. Allein daraus folgt durchaus nicht, daß nun auch für die Uebereignung eines geschenkten Objektes an den Beschenkten schlechthin kantonales und nicht eidgenössisches Recht gelte; vielmehr muß zwischen dem der Uebereignung zu Grunde liegenden Schenkungsvertrage und der Uebereignung selbst unterschieden werden. Für erstere gilt gemäß Art. 10 O.-R. stets kantonales, für letztere dagegen je nach der Natur des geschenkten Objektes bald kantonales, bald eidgenössisches Recht; — kantonales Recht, wenn es sich z. B. um Liegenschaften, — eidgenössisches Recht, wenn es sich um bewegliche Sachen oder (nicht grundversicherte) Forderungen handelt. Es dürfte doch schon nach dem zwingenden Wortlaute des Gesetzes (Art. 199 O.-R: Wenn in Folge eines „Vertrages" u. s. w.) einem begründeten Zweifel kaum unterliegen, daß z. B. für die Uebertragung des Eigenthums an beweglichen Sachen auch dann, wenn dieselbe schenkungsweise geschieht, die Regeln des Art. 199 u. ff. O.-R. maßgebend sind und nicht etwa das kantonale Recht in Kraft geblieben ist. Ganz das Gleiche muß aber auch für die Uebereignung (Abtretung) von (nicht grundversicherten) Forderungen gelten. Das eidg. Obligationenrecht regelt diese ganz allgemein, mag das der Abtretung zu Grunde liegende Verhältniß Schenkung, Kauf, Leistung an Zahlungsstatt oder welches immer sein; so wenig seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechtes in Folge Vertrages Eigenthum an

einer beweglichen Sache aus irgend welcher causa anders als durch Besitzübergabe oder was ihr gleichsteht übertragen werden kann, so wenig kann seither eine solche Forderung anders als gemäß den einschlägigen Bestimmungen des eidgenössischen Gesetzes wirksam übertragen werden. Es ergiebt sich auch z. B. schon aus Art. 192, Abs. 3 O.-R. daß das Gesetz nicht nur entgeltliche, sondern auch unentgeltliche Abtretungen im Auge hat und normiren will. Demnach gilt denn der Grundsatz des Art. 184, Abs. 2 auch für schenkungsweise Cessionen. Dies muß aber dazu führen, die Beschwerde der Beklagten zu verwerfen, denn eine schriftliche Beurkundung der von ihr behaupteten Cession hat offenbar nicht stattgefunden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde der Beklagten und Rekurrentin ist verworfen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 28. Januar 1887 sein Bewenden.

---

40. Urtheil vom 10. Juni 1887
in Sachen Wittwe Zwicki gegen Boner und Walser.

A. Durch Urtheil vom 28. März 1887 hat das Kantonsgericht des Kantons Graubünden erkannt:

1. Die Appellationsbeschwerde wird als begründet erklärt und daher der Entscheid des Bezirksgerichtes Unterlandquart vom 29. Juni 1886 aufgehoben.

2. Die gerichtlichen Kosten erster und zweiter Instanz, letztere im Betrage von 214 Fr., hat appellate Partei zu tragen und überdies an die Appellanten für außergerichtliche Kosten erster und zweiter Instanz zusammen 180 Fr. zu vergüten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin, die Wittwe L. Zwicki, die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Anwalt der Beklagten und Rekurs-

beklagten vor Eröffnung der Verhandlung in der Hauptsache den Antrag: Das Bundesgericht wolle auf die gegnerische Beschwerde mangels Kompetenz nicht eintreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Dagegen beantragt der Anwalt der Klägerin und Rekurrentin, das Bundesgericht wolle sich kompetent erklären.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Rechtsbegehren der Klägerin gehen laut Leitschein dahin: 1. Verpflichtung der Beklagten, die laut Kaufvertrag vom 24. Oktober 1868 dem klägerischen Erblasser gegenüber eingegangenen Verbindlichkeiten sofort vollständig zu erfüllen, eventuell 2. Aufhebung des bezeichneten Vertrages unter allen Folgen der Rückzahlung und des Schadenersatzes, sowie unter Vorbehalt weiterer Rechte der Klägerin und Kostenfolge. Durch den gedachten Vertrag vom 24. Oktober 1868 verkauften die Beklagten dem Erblasser der Klägerin. „1. Die Wollspinnerei- „und Kardereigebäude nebst Pertinenzen in Malans... 2. Die „Wasserkraft, wie solche durch Herrn J. U. Zweifel von der „ehrsamen Gemeinde Malans laut dem an den Käufer auszu- „händigenden Vertrag ist erworben worden. 3. U. s. w." Streitig ist nun zwischen den Parteien nach dem Thatbestande der Vorinstanz einzig geblieben, ob die Beklagten Art. 2 dieses Vertrages dadurch erfüllt haben, daß sie dem Erwerber eine beglaubigte Kopie aus dem Gemeindsprotokolle von Malans vom 12. Mai 1856 sowie aus dem Kassabuche dieser Gemeinde vom 1. Juni gleichen Jahres ausgehändigt haben, wovon die erstere folgendermaßen lautet: „Dem Herrn Ulrich Zweifel „wird seiner Anmeldung über die Errichtung einer Fabrik gegen „eine Gratifikation von der Gemeinde mit Mehrheit entsprochen," die letztere dagegen besagt: „Von Herrn Zweifel für Gratifi- „kation einer am Mühlebach zu erstellenden Spinnfabrik baar 500 Fr." Die Vorinstanz nimmt gemäß den Ausführungen der Beklagten an, durch Uebergabe dieser Dokumente sei der Vertrag erfüllt, weil aus dem Berichte des ursprünglichen Erwerbers der Wasserkraft, J. U. Zweifel, vom 2. April 1883 sowie aus Erklärungen der Gemeinde Malans vom 27. August 1883 und des Kreisamtes Mayenfeld vom 28. Juni 1886 sich ergebe,

daß eine andere Vertragsurkunde über den Erwerb der fraglichen Wasserkraft nicht nachweisbar sei und übrigens eine (entgeltliche) Konzession privater Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern sich als vertraglicher Rechtstitel qualifizire. Die Klägerin dagegen behauptet, Anspruch auf Aushändigung einer, ihr eine Wasserkraft von 20 Pferden zusichernden, Vertragsurkunde zu haben.

2. Die Klage qualifizirt sich offenbar als actio emti aus einem Liegenschaftskaufe. Denn der Kaufvertrag vom 24. Oktober 1868, dessen Erfüllung resp. Aufhebung wegen Nichterfüllung die Klägerin verlangt, ist ein Kaufvertrag über Liegenschaften. Da nun nach Art. 231 O.-R. für Kaufverträge über Liegenschaften das kantonale Recht gilt, so ist das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde schon sachlich, gemäß Art. 29 O.-G., nicht kompetent.

3. Auch der Zeit nach wäre übrigens kantonales und nicht eidgenössisches Recht anwendbar und es würde sich daher auch aus diesem Grunde die Beschwerde der Kognition des Bundesgerichtes entziehen. Denn: Der Streit dreht sich in That und Wahrheit einzig darum, was die Klägerin nach den Bestimmungen des Vertrages vom 24. Oktober 1868 zu fordern berechtigt sei, beziehungsweise welche Verpflichtungen durch diesen Vertrag für die Beklagten begründet wurden. Hiefür aber ist gemäß Art. 882 Absatz 1 und 2 O.-R. das zur Zeit des Abschlusses des Vertrages geltende, also unter allen Umständen das kantonale, Recht maßgebend. Der Umstand, daß die Leistung, in welcher das Kantonsgericht die Erfüllung des Vertrages erblickt, seit 1. Januar 1883 erfolgte, ist für die zeitliche Rechtsanwendung gleichgültig. Denn streitig ist ja nicht, ob diese Leistung wirklich geschehen sei oder ob die Erfüllungshandlung an sich, als besonderes Rechtsgeschäft betrachtet, gültig oder etwa wegen mangelnder Handlungsfähigkeit des Erfüllenden u. dgl. ungültig sei, sondern streitig ist blos, ob dieselbe dem Inhalte des Vertrages vom 24. Oktober 1868 entspreche, d. h. streitig sind eben die rechtlichen Wirkungen dieses Vertrages selbst. Ebenso kann auf die Thatsache, daß noch seit 1. Januar 1883 unter den Parteien Verhandlungen über die Er-

füllung des Vertrages vom 24. Oktober 1868 stattgefunden und die Beklagten ihre Verpflichtung, denselben zu erfüllen, anerkannt haben, kein Gewicht gelegt werden. Denn die Klägerin stützt ja, wie schon ihr Rechtsbegehren ergibt, ihren Anspruch nicht auf diese, seit 1. Januar 1883 stattgefundenen Vorgänge als selbständige juristische Thatsachen, sondern auf den Vertrag vom 24. Oktober 1868 selbst.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Beschwerde wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Erkenntnisse des Kantonsgerichtes des Kantons Graubünden vom 28. März 1887 sein Bewenden.

---

41. *Arrêt du 11 Juin 1887, dans la cause Vincent, contre « le Phénix. »*

Par arrêt du 18 Avril 1887, la Cour de justice civile du canton de Genève a prononcé ce qui suit:

La Cour admet l'appel interjeté par la Compagnie « le Phénix » du jugement rendu par le Tribunal de commerce, le 23 Décembre 1886, réforme le dit jugement et, statuant à nouveau, déboute l'intimé Vincent-Bonnet de toutes ses conclusions, — dit qu'il est sans droit pour demander le maintien des deux polices d'assurance sur la vie, N°s 84279 et 84280, contractées le 28 Octobre 1885 par Eichmann auprès de la Compagnie « le Phénix », dit que l'appelante est d'ores et déjà libérée de toutes les obligations qui pouvaient résulter pour elle des dites polices à l'égard de l'intimé et qu'elle n'aura rien à lui payer au décès d'Eichmann; — condamne l'intimé à tous les dépens de première instance et d'appel.

Le sieur Vincent-Bonnet a recouru au Tribunal fédéral contre cet arrêt et a conclu à ce qu'il lui plaise: A la forme déclarer recevable le présent recours; au fond, réformer et

mettre à néant le dit arrêt et adjuger au recourant ses conclusions, tant de première instance que d'appel.

A l'audience de ce jour, la Compagnie « le Phénix » a conclu au rejet du recours et au maintien de l'arrêt attaqué.

Statuant dans la cause, et considérant en fait et en droit:

1° Le 28 Octobre 1885, le sieur Edouard Eichmann, à Genève, a contracté avec la Compagnie le Phénix deux polices d'assurances sur la vie, l'une au montant de 30 000 fr., l'autre de 5000 fr. Ces polices stipulent dans une clause spéciale qu'elles seront transmissibles par voie d'endos à titre onéreux.

Le 30 du même mois, Eichmann a transmis ces deux polices au sieur J. Vincent-Bonnet, à Genève, par endossement au bas de ces titres, enregistré sous la même date: en outre, par acte sous seing privé du 2 Novembre 1885, enregistré le 30 Janvier 1886, Eichmann a cédé en toute propriété à Vincent-Bonnet le bénéfice de ces deux mêmes polices et celui-ci s'est engagé à payer les primes jusqu'au décès de l'assuré. Enfin, par un second acte sous la même date, Vincent-Bonnet a promis, en cas de décès d'Eichmann dans les deux ans qui suivraient la convention, de payer à la veuve ou à l'enfant mineur de celui-ci, la somme de 6000 fr. sur le capital assuré.

Par exploit du 28 Janvier 1886, Vincent-Bonnet a notifié à la Compagnie le susdit acte de cession du 2 Novembre 1885, avec défense de payer à d'autres qu'à lui-même.

Par écriture du 26 dit, le sieur Eichmann a déclaré que lorsqu'il s'est assuré à la Compagnie le Phénix, il était déjà malade de la poitrine.

Le 3 Février 1886, la Compagnie et Eichmann passèrent une convention dans laquelle est répétée la déclaration suivante : « Je déclare par la présente que, lorsque je me suis » assuré à la Compagnie « le Phénix, » le 28 Octobre 1885, » pour deux contrats ensemble de 35 000 fr., j'étais déjà ma- » lade de la poitrine, mais que je me faisais des illusions sur » mon état de santé et les réponses au docteur qui m'a visité » ont pu l'induire en erreur. » L'acte sus-énoncé porte que,

par suite de cette déclaration, la Compagnie et Eichmann ont convenu que les deux prédits contrats d'assurance devenaient nuls et de nul effet. Cet acte a été notifié à Vincent-Bonnet le lendemain, 4 Février.

Par exploit du 22 Avril 1886, Vincent-Bonnet a fait assigner la Compagnie devant le Tribunal de commerce et il a conclu : 1° à la nullité de la convention intervenue le 3 Février entre la Compagnie et Eichmann, 2° au maintien des deux contrats d'assurance en sa faveur.

La Compagnie a conclu, de son côté, à ce qu'il plaise au dit Tribunal débouter Vincent de sa demande, dire qu'il est sans droit à demander le maintien des deux contrats dont il s'agit ; dire en conséquence que la défenderesse est d'ores et déjà libérée de toutes les obligations qui pourraient résulter pour elle des dits contrats.

Par jugement du 23 Décembre 1886, le Tribunal de commerce a déclaré nulle et de nul effet la susdite convention du 3 Février 1886 entre la Compagnie et le sieur Eichmann, et prononcé qu'il n'y a pas lieu à résiliation des deux polices en question, lesquelles doivent ressortir tous leurs effets à l'égard du demandeur Vincent-Bonnet.

La Compagnie recourut à la Cour de justice, tout en demandant l'audition de divers témoins, pour établir qu'au moment de la passation des deux contrats d'assurance, Eichmann était malade, avait eu des crachements de sang et que Vincent-Bonnet connaissait cet état de maladie.

Par jugement préparatoire du 21 Février 1887, la Cour admit l'administration de la preuve testimoniale requise, ainsi que l'audition d'autres témoins indiqués par Vincent-Bonnet.

Par arrêt du 18 Avril 1887, la Cour de justice a débouté Vincent-Bonnet de toutes ses conclusions et prononcé comme il a été dit ci-dessus, en se fondant sur les motifs ci-après :

Il est constant qu'Eichmann a sciemment trompé la Compagnie sur l'étendue du risque qu'elle courait en l'assurant, lorsqu'il a déclaré, dans la proposition d'assurance du 27 Octobre 1885, qu'il était alors en bonne santé, qu'il jouissait d'une santé habituellement bonne, qu'il n'avait aucune infir-

mité cachée et qu'il y avait longtemps qu'il n'avait pas été malade.

Vincent-Bonnet connaissait l'état de maladie de l'assuré au moment du contrat, et c'est même cet état de maladie qui l'a déterminé à solliciter Eichmann de contracter une assurance, dont il était hors d'état de payer les primes et dont Vincent-Bonnet était appelé à recueillir tout le bénéfice. C'était une pure spéculation sur la tête d'Eichmann, qui a été amené à s'y prêter par l'appât de la somme de 6000 fr. susmentionnée. Une telle opération est illicite lorsque l'assureur a été trompé, comme dans l'espèce, par les manœuvres de l'assuré et du bénéficiaire de l'endossement.

Vu les réticences d'Eichmann, la déchéance prévue à l'art. 1er des conditions générales de la police est acquise, et la Compagnie est fondée à se prévaloir de cette clause.

2° La compétence du Tribunal fédéral en la cause, incontestée d'ailleurs par les parties, n'est point douteuse. L'objet du litige est évidemment supérieur à 3000 fr., et il s'agit de l'application du droit fédéral.

En effet, bien que l'art. 896 C. O. édicte que, jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale sur le contrat d'assurance, les dispositions spéciales qui peuvent exister sur la matière dans le droit cantonal resteront en vigueur, l'espèce ne soulève point l'application de semblables dispositions spéciales, — lesquelles n'existent d'ailleurs point dans la législation genevoise, en ce qui concerne au moins les assurances sur la vie, — mais elle appelle, à côté des dispositions du C. O. sur la cession, uniquement celle des prescriptions générales de la loi en matière de dol, d'erreur, de consentement, etc., ainsi que l'interprétation des termes mêmes des contrats litigieux : Les questions se rattachant à la cession des polices au bénéficiaire de l'endossement sont, d'ailleurs, incontestablement régies par le droit fédéral. Dans cette situation, l'exception prévue à l'art. 896 précité n'est pas applicable, et le recours ne saurait, ainsi que le Tribunal de céans l'a prononcé à plusieurs reprises, être soustrait à sa compétence. (V. Arrêts du Tribunal fédéral en les causes « La Zurich »

contre Frey; XI, p. 83 consid. 2; Ballmer contre Stöcklin, XII, p. 604 consid. 4.)

3° Au fond, l'art. 1er des polices d'assurance souscrites par le sieur Eichmann statue que les déclarations, soit du contractant ou des contractants, soit du tiers ou des tiers assurés servent de base au contrat ; que « toute réticence, toute » fausse déclaration qui diminueraient l'opinion du risque » ou qui en changeraient le sujet, annulent l'assurance, et » que, dans ce cas, les primes payées demeurent acquises à » la Compagnie. »

Or, à teneur des faits constatés par la dernière instance cantonale, lesquels lient le Tribunal de céans aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, il est établi qu'Eichmann, qui l'avoue d'ailleurs, a sciemment trompé la Compagnie sur l'étendue du risque qu'elle courait en l'assurant, lorsqu'il a déclaré, contrairement à la vérité, et malgré les crachements de sang dont il avait été récemment atteint, dans la proposition d'assurance signée par lui le 27 Octobre 1885, qu'il était en bonne santé, qu'il jouissait d'une santé habituellement bonne, qu'il n'avait aucune infirmité cachée et qu'il y avait longtemps qu'il n'avait pas été malade.

Si donc, en s'appuyant sur ces faits, le juge cantonal a estimé que la police signée par le sieur Eichmann était nulle en sa faveur, aux termes de l'art. 1er de cet acte, il n'a point commis une erreur de droit, mais a fait, en présence des réticences et des fausses déclarations d'Eichmann, une saine application d'une disposition du dit acte, prononçant la nullité du contrat en pareille occurrence.

4° Les exceptions, entre autres celle de dol, que la Compagnie est en droit d'opposer dès lors au sieur Eichmann, sont également opposables au sieur Vincent-Bonnet, cessionnaire des deux polices, soit que le transfert de ces titres en main de ce dernier doive être considéré comme une cession proprement dite (C. O., art. 189), soit qu'il s'agisse de la transmission par endossement d'un titre à ordre (C. O., 843), puisque le dit titre, nul lors de sa constitution, ainsi

qu'il a été dit, ne saurait revivre en faveur du tiers cessionnaire ou détenteur, alors surtout que, comme c'est le cas dans l'espèce, il est constaté par l'arrêt cantonal que le dit tiers, au moment du transfert de l'acte en sa faveur, avait non seulement connaissance des fausses déclarations et des réticences qui le vicient, mais encore qu'il les avait lui-même dolosivement provoquées, en vue de réaliser un bénéfice illicite sur la tête de l'assuré.

Le prédit arrêt déclare, en effet, qu'en fait, Vincent-Bonnet connaissait l'état de maladie d'Eichmann au moment du contrat ; qu'il a sollicité celui-ci de souscrire les deux polices et lui a promis une somme considérable dans ce but, et que l'assureur a été trompé par les manœuvres de l'assuré et du bénéficiaire de l'endossement. Dans cette situation, Vincent-Bonnet, connaissant l'existence du vice, soit de la fausse déclaration dont il était lui-même l'instigateur, ne saurait évidemment, par suite de transfert des deux polices en ses mains, bénéficier à leur égard d'une situation juridique meilleure que celle faite au sieur Eichmann.

Les agissements des sieurs Eichmann et Vincent-Bonnet ayant ainsi dénaturé l'opinion du risque qui a servi de base aux contrats d'assurance en question, c'est avec raison que l'arrêt dont est recours en a prononcé la nullité vis-à-vis des deux prénommés, et malgré l'avis favorable du médecin de la Compagnie, puisque cet avis ne saurait avoir pour effet de couvrir des manœuvres dolosives.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt rendu par la Cour de justice de Genève, le 18 Avril 1887, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

LAUSANNE. — IMP. GEORGES BRIDEL.

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN
ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Gleichheit vor dem Gesetze.
Egalité devant la loi.

42. Urtheil vom 30. September 1887 in Sachen von Courten.

A. Ernst von Courten in Reckingen hatte gegen F. Walpen, Leo Bagger, Calesanz Garbely und Eduard Blatter in Reckingen Strafanzeige wegen Drohungen und Thätlichkeiten erstattet, wurde dagegen gleichzeitig seinerseits wegen Amtsehrverletzung, begangen gegenüber dem Gemeinderathe von Reckingen, in Strafuntersuchung gezogen. Durch Urtheil des Gerichtshofes des ersten Kreises für den Bezirk Goms, vom 6. Mai 1887 wurde E. von Courten, unter Abweisung eines Begehrens um Einstellung der Verhandlungen, zu einer Buße von 100 Fr., eventuell zu 30 Tagen Einsperrung, sowie zu den Kosten verurtheilt; F. Walpen, L. Bagger, C. Garbely und E. Blatter wurden freigesprochen. Gegen dieses Urtheil ergriff E. von Courten die Appellation an das kantonale Appellationsgericht. Nach Art. 42 des kantonalen Gesetzes betreffend die Besoldung der richterlichen Behörden und den Gerichtskostentarif vom 1. Dezember 1883 und Art. 25 des Reglementes vom 27. Oktober 1880, betreffend Ausführung des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 24. Mai 1876, hat die appellirende

Partei, bei Strafe der Verwirkung des Rechtsmitels, binnen Frist ein Depositum von 130 Fr. zu leisten. E. von Courten suchte beim Justizdepartement des Kantons Wallis um Erlaß dieser Hinterlage nach, indem er sich darauf berief, daß er nach einer Bescheinigung der Gemeindebehörde von Reckingen vom 15. März 1886 Anspruch auf das Armenrecht habe. Das Justizdepartement wies ihn aber mit diesem Begehren ab, wie er behauptet, mit der Bemerkung, daß es Sache des Appellationsgerichtes sei, die Zulassung mittelst des Armenrechtes zu gewähren. Der Präsident des Appellationsgerichtes, an welchen der Rekurrent sich daraufhin wandte, erklärte durch Bescheid vom 30. Juni 1887, daß das Gericht in der peinlichen Prozedur kein Armenrecht annehmen könne und von der Hinterlage der 130 Fr. nur dann hätte Umgang nehmen können, wenn die Regierung, welcher dieselbe zu gute komme, ihr von vornherein entsagt hätte.

B. Hierauf wandte sich E. von Courten beschwerend an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift stellt er in der Hauptsache den Antrag: Das Verfahren des Präsidenten des Appellationsgerichtes sowie des Justizdepartementes des Kantons Wallis, wodurch dem Rekurrenten Ernst von Courten jede Möglichkeit genommen wurde, sich gegen das Urtheil des ersten Kreisgerichtes vom 6. Mai abhin beim Kantonsgerichte zu beklagen, als verfassungswidrig zu erklären und das Kantonsgericht sei verpflichtet, die Klage des Rekurrenten in seiner nächsten ordentlichen Novembersitzung zu behandeln. In seiner Rekursschrift weist er darauf hin, daß er sich bereits gegen die Weigerung des Appellationsgerichtes, die von ihm gegen ein in der gleichen Sache ergangenes Inzidentalurtheil der ersten Instanz ergriffene Appellationsbeschwerde zu behandeln, beim Bundesgerichte beklagt habe, daß er mit seiner Beschwerde allerdings durch Entscheidung des Bundesgerichtes vom 8. Juli 1887 abgewiesen worden sei, daß ihm dabei aber ausdrücklich das Recht zu erneuter Beschwerde gewahrt worden sei, für den Fall, daß nach erfolgtem erstinstanzlichem Urtheile in der Hauptsache die Behandlung einer von ihm an das obere Gericht gerichteten Berufung wegen Nichtleistung der gesetzlichen Kostenvertröstung verweigert werden sollte. Dieser Fall liege nun

vor. Das Verfahren der kantonalen Behörden enthalte eine Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung; dem armen Manne werde es geradezu unmöglich gemacht, sein Recht gegenüber von Fehlsprüchen der untern Instanzen zu wahren, wenn die Annahme einer Berufung von Leistung einer Hinterlage von 130 Fr. abhängig gemacht werde. Das sei keine Gleichheit vor dem Gesetze sondern involvire eine förmliche Rechtsverweigerung gegenüber dem Armen.

C. Der Präsident des Appellationsgerichtes des Kantons Wallis übermittelt in Beantwortung dieser Beschwerde, unter dem „ausdrücklichen Vorbehalte der Inkompetenz des Bundesgerichtes, in kantonalen Strafsachen zu erkennen" dem Bundesgerichte die Bemerkungen des Untersuchungsrichters des Bezirkes Goms; in denselben wird in rechtlicher Beziehung wesentlich ausgeführt: Die Auseinandersetzungen des Rekurrenten bezüglich des Armenrechtes möchten de lege ferenda begründet sein, de lege lata seien sie es für den Kanton Wallis nicht. In der Weise, wie der Beschwerdeführer das Armenrecht in Strafsachen in Anspruch nehmen wolle, sei dieses Recht bislang im Kanton Wallis noch Niemanden zuerkannt worden. Eine Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung liege somit nicht vor. Wenn übrigens das Auftreten und der Leumund des Beschwerdeführers berücksichtigt werden sollten, so habe demselben schon deßhalb mit Fug und Recht das Armenrecht verweigert werden können.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es kann sich nur darum handeln, ob in der Weigerung des Appellationsgerichtes des Kantons Wallis, die Berufung des Rekurrenten anzunehmen, weil derselbe die gesetzliche Gebühr von 130 Fr. nicht hinterlegt habe, eine Verfassungsverletzung oder Rechtsverweigerung liege. Dies zu prüfen ist das Bundesgericht ohne Zweifel nach Art. 59 des O.-G. kompetent. Allerdings ist die Strafsache des Rekurrenten nach kantonalem Rechte zu beurtheilen und steht es dem Bundesgerichte nicht zu, die Anwendung des kantonalen Straf- oder Strafprozeßrechtes durch die kantonalen Behörden zu kontroliren. Dagegen ist dasselbe nach Verfassung und Gesetz in seiner Stellung als Staatsgerichtshof berechtigt und verpflichtet,

zu prüfen, ob nicht bei Behandlung der Strafsache des Rekurrenten verfassungsmäßige Rechte desselben verletzt worden seien.

2. Dabei ist ohne Weiteres davon auszugehen, daß das angefochtene Verfahren des Walliser Appellationsgerichtes dem kantonalen Gesetze und der kantonalen Praxis entspricht; eine Verletzung der verfassungsmäßigen Rechtsgleichheit dadurch, daß dem Rekurrenten individuell der sonst jedem Bürger gewährte Schutz der Gesetze willkürlich verweigert worden wäre, kann also gar nicht in Frage kommen. Vielmehr ist die zu entscheidende Frage die, ob die im Kanton Wallis geltende und allgemein angewendete Rechtsnorm, daß einem strafrechtlich Verurtheilten der Zutritt vor die obere gesetzliche Instanz selbst dann, wenn er sich über seine Dürftigkeit ausweist, nur gegen Hinterlage einer Gebühr von 130 Fr. gestattet wird, mit verfassungsmäßigen Grundsätzen vereinbar ist oder nicht.

3. Richtig ist nun, daß die fragliche Norm alle Bürger formell gleich behandelt. Allein ebenso klar ist auf der andern Seite, daß dadurch dem Bedürftigen, welcher die gesetzliche Gebühr von 130 Fr. zu leisten nicht im Stande ist, der Rechtsschutz durch die obere Instanz thatsächlich einfach abgeschnitten wird. Dies ist mit dem Prinzipe der Rechtsgleichheit nicht vereinbar. Dieses fordert gewiß, daß dem armen Angeklagten die gleichen Garantien richtiger Rechtsprechung gewährt werden, wie dem Begüterten. Eine Bestimmung wie die hier in Frage stehende des Walliserrechts steht, mag sie auch äußerlich alle Bürger gleich behandeln, der praktischen Wirkung nach in schneidendem Widerspruche mit diesem Postulat der Gerechtigkeit; sie gewährt die, dem Wortlaute des Gesetzes nach allen Angeklagten zustehenden, Rechtsmittel dem Armen in That und Wahrheit nur zum Scheine, da sie dieselben an eine Voraussetzung knüpft, welche der Arme von vorneherein nicht erfüllen kann. Freilich ist der Staat berechtigt, für die Ausübung der Rechtspflege von den Parteien Gebühren zu fordern und ist es auch verfassungsmäßig zuläßig, daß die Parteien im Interesse des Staates oder der Gegenpartei zu vorgängiger Versicherung oder Hinterlage der Prozeßkosten unter den gesetzlichen Voraussetzungen angehalten werden. Allein Vorschriften letzterer Art fordern doch,

soll dadurch dem Armen der Rechtsschutz nicht völlig abgeschnitten werden, eine Ergänzung in dem Sinne, daß dem Bürger, der sich über seine Mittellosigkeit ausweist, sofern es sich nicht etwa um offenbar grundlose Prozesse handelt, die vorgängige Erlegung der Gebühren nachgesehen wird. Im Civilprozesse ist denn auch die Institution des Armenrechtes in der Schweiz wohl allgemein, speziell unzweifelhaft im Kanton Wallis, anerkannt. Die Strafprozeßordnungen dagegen sprechen allerdings durchgängig nicht vom Armenrecht; allein dies erklärt sich leicht aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Strafprozesses, welche es ausschließt, daß in demselben die Vornahme prozeßualer Handlungen in gleicher Weise und Ausdehnung wie im Civilprozesse von der Leistung von Kostenkautionen oder Hinterlage von Gebühren durch die Parteien, speziell durch den Angeklagten, abhängig gemacht wird. Aber gerade wegen der öffentlich-rechtlichen Natur des Strafprozesses und wegen der Güter, die darin für den Angeklagten auf dem Spiele stehen, ist daran festzuhalten, daß das Recht der Vertheidigung in allen Instanzen dem armen Angeklagten nicht durch gesetzliche Vorschriften verkümmert werden darf, welche ihm dessen wirksame Ausübung thatsächlich unmöglich machen müssen, und ihn daher faktisch ungünstiger stellen als den Begüterten.

4. Eine Verfassungsverletzung liegt also hier insofern vor, als dem Rekurrenten die Behandlung seiner Berufung an das Appellationsgericht einfach deßhalb verweigert worden ist, weil er die gesetzliche Gebühr nicht hinterlegt habe, ohne daß geprüft worden wäre, ob ihm nicht das rechtliche Gehör in oberer Instanz wegen nachgewiesener Mittellosigkeit auch ohne vorgängige Gebührenhinterlage gewährt werden müsse. In diesem Sinne ist der Rekurs begründet zu erklären und es ist mithin das Appellationsgericht des Kantons Wallis verpflichtet, die Frage zu untersuchen, ob der gedachte Fall vorliege.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägung 4 als begründet erklärt.

II. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

43. *Arrêt du 30 Septembre 1887 dans la cause Cramer.*

F. Cramer, capitaine-instructeur, habite ordinairement à Genève ; il est appelé chaque année à séjourner à Lausanne quelques mois, pendant la durée du service d'instruction dans cette place d'armes.

Le 1er Avril 1887, Cramer reçut du receveur de Lausanne, agissant au nom du département des finances du canton de Vaud, l'invitation de payer 44 fr. 75 c. pour impôt de 1886, — réduit de moitié, — sur deux chiens et deux voitures à un cheval.

Cramer réclama contre cet impôt au prédit département, qui, par office du 19 Avril 1887, maintint les directions données au receveur.

Cramer recourut le 23 dit au Conseil d'Etat, lequel, par décision du 30 du même mois, confirma la décision du département.

C'est contre cette décision que Cramer recourt au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise dire et déclarer qu'il ne doit être soumis à aucun impôt dans le canton de Vaud pour l'année 1886.

A l'appui de cette conclusion, Cramer allègue que son domicile est à Genève, où il paye ses impôts pour toute l'année. En qualité d'instructeur, il est tenu de se rendre partout où l'appellent les devoirs de son service, tantôt à Lausanne, tantôt à Thoune, Wallenstadt, Colombier, etc. : or il est inadmissible qu'il puisse être astreint à l'impôt dans chacun des cantons où sont situées ces localités.

Comme fonctionnaire militaire fédéral, le recourant conserve, où qu'il se trouve en Suisse, son domicile dans le canton où il est électeur, et c'est là qu'il doit payer ses impôts : il est dans la même situation que les membres du Conseil fédéral et les députés aux Chambres fédérales. Au

surplus Cramer n'a pas séjourné, en 1886, pendant la moitié de l'année dans le canton de Vaud, mais durant 112 jours seulement ; il ne doit en tout cas pas la moitié de l'impôt.

Dans sa réponse, l'Etat de Vaud fait observer que, d'après le tableau, pour 1886, des écoles où F. Cramer devait assister, cet instructeur était tenu de séjourner à Lausanne pendant 189 jours. L'obligation d'habiter Lausanne ne résulte pas pour lui d'un service obligatoire commandé par l'autorité compétente, mais bien du fait de fonctions qu'il a sollicitées et volontairement acceptées ; au point de vue de l'impôt, ces fonctions ne peuvent être assimilées au service obligatoire prévu par la constitution fédérale et par les lois militaires ; Cramer n'est d'ailleurs point tenu, en sa qualité d'instructeur d'infanterie, d'avoir cheval, chiens et voitures.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Il s'agit, dans l'espèce, non d'un impôt sur la fortune, mais d'un impôt sur le luxe, réclamé sur des voitures et sur des chiens, à la possession desquels le recourant reconnaît n'être pas astreint par les devoirs de son service.

Or dans l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral sur le recours Mallet (Recueil V, page 6), il a été admis que ce recourant, bien que payant l'impôt sur les voitures dans le canton de Vaud, et la moitié de la taxe des voitures à Genève, où il séjourne pendant plusieurs mois, n'est pas, de ce chef, soumis à une double imposition prohibée par la jurisprudence des autorités fédérales, l'impôt dont il s'agit ne frappant ni la fortune ni le revenu ; dans le même arrêt, le Tribunal de céans a reconnu en outre que la circonstance que Mallet paie cette taxe somptuaire à l'Etat de Genève, sur les routes duquel il lui convient de faire circuler ses voitures pendant une notable partie de l'année, ne saurait l'autoriser à se soustraire à une portion quelconque de l'impôt de luxe sur les mêmes voitures prélevé dans le canton de Vaud, où il conserve son domicile.

2° L'espèce actuelle, identique à tous égards à la précédente, n'en diffère que par la circonstance que le recourant Cramer est revêtu de fonctions militaires : rien, dans ce fait,

n'est toutefois de nature à faire revenir le Tribunal fédéral de sa jurisprudence.

Il est, tout d'abord, inexact de prétendre que les instructeurs fédéraux se trouvent au bénéfice de l'exterritorialité garantie aux membres du Conseil fédéral par la loi du 23 décembre 1851, et c'est sans droit que le recourant voudrait assimiler les fonctions volontaires d'instructeur, constituant une vocation, avec le service obligatoire exigé des autres officiers et soldats de l'armée suisse.

Le sieur Cramer est d'autant moins fondé dans ses griefs que l'Etat de Vaud ne prétend point soumettre à l'impôt pour 1886 la fortune ou le revenu de ce recourant, mais se borne à frapper des objets de luxe au prorata du temps pendant lequel il en est fait usage sur son territoire.

La question de savoir si, dans les circonstances du cas actuel, l'impôt est dû pour six mois ou pour quatre mois seulement échappe, dès l'instant où il s'agit d'un impôt sur le luxe et conformément à ce qui a été dit plus haut, à la cognition du Tribunal de céans.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté.

III. Pressfreiheit. — Liberté de la presse.

44. Urtheil vom 22. Juli 1887 in Sachen König.

A. W. König in Bern (als Publizist unter dem Namen „Dr. Bäri" bekannt), gab während der Herbstmesse 1886 ein humoristisches Zeitungsblatt unter dem Titel „Mäß- und Märitblatt" heraus, von welchem im Ganzen 6 Nummern erschienen. Er ließ den Verkauf dieses Blattes durch Schulknaben gegen Provision besorgen. Am 15. Dezember 1887 wurde gegen einen von W. König als Kolporteur angestellten Knaben, Karl Jutzi, polizeilich Strafanzeige wegen Widerhandlung gegen das kan-

tonale Hausirgesetz erstattet, weil er mit den Mäß- und Märitblättern hausire, ohne ein Hausirpatent zu besitzen; W. König seinerseits wurde der Anstiftung zu diesem Delikte beschuldigt und es wurden die bei dem Knaben Jutzi gefundenen Exemplare des Blattes konfiszirt. Durch Urtheil des Vicegerichtspräsidenten von Bern vom 29. Januar 1887 wurde W. König der Anstiftung zur Widerhandlung gegen das Gesetz über den Marktverkehr und den Gewerbebetrieb im Umherziehen vom 24. März 1878 schuldig erklärt und polizeilich zu einer Buße von 5 Fr. und zu den Kosten an den Staat mit 11 Fr. 85 Cts. verurtheilt. Dieses Urtheil wurde von der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern am 2. März 1887 einfach bestätigt, wobei dem W. König auch die Kosten der zweiten Instanz auferlegt wurden.

B. Gegen diese Urtheile ergriff W. König den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift führt er im Wesentlichen Folgendes aus: Nach § 3 des kantonalen Gesetzes vom 24. März 1878 fallen unter den Begriff des „Gewerbebetriebes im Umherziehen", zu dessen Ausübung nach § 4 ibidem ein Patent erforderlich sei, u. A. „das Feilbieten von Waaren durch Umhertragen oder Umherführen in den Straßen oder in den Häusern (Hausiren im engern Sinne)." Die angefochtenen Urtheile stützen sich nun darauf, daß die „Mäß- und Märitblätter" unter den Begriff Waare fallen, und daß daher auf deren gewerbemäßigen Vertrieb durch Kolportage das Hausirgesetz anwendbar sei. Nach der ratio legis und der bisherigen Praxis sei schon unrichtig, ein periodisch erscheinendes Zeitungsblatt als Waare im Sinne des citirten kantonalen Gesetzes zu betrachten. Allein um diese Frage der richtigen oder unrichtigen Anwendung eines kantonalen Gesetzes könne es sich allerdings in der bundesgerichtlichen Instanz nicht handeln, wohl aber darum, ob nicht kantonales oder eidgenössisches Verfassungsrecht verletzt sei. Dies sei zu bejahen. Verletzt sei die Gewährleistung der Preßfreiheit, wie sie in Art. 55 der Bundes- und insbesondere in Art. 76 der Kantonsverfassung aufgestellt sei. Die Gewährleistung der Preßfreiheit habe zwei Seiten, sie beziehe sich einmal auf die Freiheit der Mittheilung der Gedanken, ohne daß durch eine Polizei- oder andere Be-

hörde vorher eine Censur ausgeübt werde, anderseits darauf, daß nicht durch sonstige fiskalische oder drückende Maßregeln diese Freiheit illusorisch gemacht werde. Die bundesrechtliche Praxis habe allerdings den Zeitungsstempel und mäßige Preßkautionen als zuläßig erklärt. Dagegen habe bisher noch Niemand daran gedacht, den Herausgeber einer Zeitung zu einer Patentgebühr anzuhalten, wenn er seine Zeitung durch Kolportage statt durch die Post verbreiten wolle, zu einer Patentgebühr, die ihm die Herausgabe seiner Zeitung unmöglich mache. Ein derartiger Patentzwang verstoße gegen die bundesrechtliche Gewährleistung der Preßfreiheit, um so viel mehr denn gegen Art. 76 der Kantonsverfassung, welcher in Wahrung der Preßfreiheit weiter gehe als die Bundesverfassung, da er neben der Censur überhaupt jede „andere vorgreifende Maßnahme" untersage. Wenn man ein Vorgehen der Polizei, wie es im vorliegenden Falle erfolgt sei, zulasse, so liege es in der Hand der herrschenden Partei, die Verbreitung politischer Flugblätter, wie sie während eines lebhaften Parteikampfes publizirt zu werden pflegen, wesentlich einzuschränken; denn eine wirksame Verbreitung solcher Blätter sei doch nur durch Kolportage möglich. Im vorliegenden Falle sei denn auch das Einschreiten der städtischen Polizeibehörde lediglich durch einen dieser Behörde unbequemen, in den „Mäß- und Märitblättern" enthaltenen, Angriff auf einen stadtbernischen Geistlichen veranlaßt worden. In Folge des Einschreitens der Polizei sei dem Rekurrenten die fernere Herausgabe der „Mäß- und Märitblätter" unmöglich geworden. Er habe nun Erwachsene, die er selbstverständlich besser als Knaben habe bezahlen müssen, als Verkäufer anstellen und für dieselben Monatspatente (zu 2 Fr. 40 Cts. für den Mann) lösen müssen. Dazu sei noch gekommen, daß nach § 7, Z. 6 des Hausirgesetzes der Vertrieb an Sonn- und Festtagen, welche Tage sonst die ausgiebigsten gewesen seien, verboten und daß überhaupt die Kolportage von Flugblättern durch Erwachsene weit weniger wirksam sei, als diejenige durch Knaben. Alles dies habe zur Folge gehabt, daß das Erscheinen der „Mäß- und Märitblätter„ habe eingestellt werden müssen. Gestützt auf das Angebrachte werde beantragt: Es sei das Urtheil der Polizeikammer des Obergerichtes des Kantons Bern vom

2. März 1887 aufzuheben unter Kostenfolge gegen wen Rechtens.

C. Der Generalprokurator des Kantons Bern, welchem die Beschwerde zur Vernehmlassung mitgetheilt wurde, bemerkt: Der Rekurrent habe das „Mäß- und Märitblatt" nicht etwa gratis, sondern gegen Entgelt verbreitet und somit aus dem Vertriebe dieses Preßproduktes ein förmliches Gewerbe gemacht. Als Objekt eines Gewerbes betrachtet, müsse gewiß auch das „Mäß- und Märitblatt" unter den Begriff „Waare" fallen. Demnach sei die Vergleichung des „Mäß- und Märitblattes" mit Flugschriften politischer Parteien hinfällig, denn letztere werden gratis verbreitet, seien also auch nicht Objekt eines Gewerbes und nicht Waare. Kein Mensch verbiete dem Rekurrenten, seine Ideen und Gedanken auf dem Preßwege zu verbreiten, auch den gewerbsmäßigen Vertrieb seiner Produkte wolle ihm Niemand verwehren. Wähle er aber den Weg des hausirmäßigen Vertriebs seiner Waare, so unterliege auch er den gesetzlichen Vorschriften über den Gewerbebetrieb im Umherziehen, denn in dieser Beziehung gebe es ein Privilegium für Preßerzeugnisse nicht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat, wie der Rekurrent übrigens selbst zugibt, nicht zu prüfen, ob die Annahme der angefochtenen Urtheile, daß nach § 3 und 4 des bernischen Gesetzes vom 24. März 1878 zum gewerbmäßigen Vertriebe von Preßerzeugnissen durch Kolportage ein Hausirpatent erforderlich sei, auf richtiger oder unrichtiger Auslegung des citirten kantonalen Gesetzes beruhe; es hat vielmehr nur zu untersuchen, ob die Anwendung, welche die kantonalen Gerichte dem kantonalen Gesetze gegeben haben, gegen die in Art. 55 der Bundes- und 76 der Kantonsverfassung niedergelegte Gewährleistung der Preßfreiheit verstoße.

2. Dies ist zu verneinen. Das bernische Gesetz vom 24. März 1878, wie dasselbe von den bernischen Gerichten ausgelegt worden ist, enthält keine preßpolizeiliche Norm, sondern eine allgemeine Regel des Gewerberechtes; es beschränkt nicht die Freiheit der Meinungsäußerung durch das Mittel der Druckerpresse, sondern den Gewerbebetrieb im Umherziehen (den Hausirverkehr). Zweck und Ziel seiner Anordnungen ist nicht, die

Preßfreiheit, speziell die Verbreitung von Preßerzeugnissen, zu beschränken, sondern die Ausübung des Gewerbebetriebes im Umherziehen allgemein im öffentlichen Interesse gewissen Einschränkungen und Kontrolmaßregeln zu unterwerfen. Nicht der Vertrieb von Preßerzeugnissen als solchen, sondern die besondere Art des Vertriebes von Waaren durch Hausiren, wird bestimmten einschränkenden Regeln unterworfen. Die Preßfreiheit schließt aber gewiß nicht aus, daß das Hausiren mit Preßerzeugnissen den für den Hausirverkehr überhaupt geltenden allgemeinen Bestimmungen unterworfen werde, wie ja auch diejenigen Gründe, welche eine Beschränkung des Hausirverkehrs, z. B. den Ausschluß übelbeleumdeter Personen von demselben, als erforderlich erscheinen lassen, in ganz gleicher Weise zutreffen, mögen Objekt dieses Verkehrs Preßerzeugnisse oder andere Waaren sein. Von einer gegen die Freiheit der Presse gerichteten „vorgreifenden Maßregel" kann also hier offenbar nicht die Rede sein. Nur dann läge eine Verletzung der Preßfreiheit vor, wenn die Taxen für Ertheilung eines Hausirpatentes mit Preßerzeugnissen so hoch bemessen würden, daß dadurch eine Verbreitung solcher Erzeugnisse durch Kolportage verunmöglicht oder wesentlich erschwert würde; dies ist aber in concreto gewiß nicht der Fall, da nach dem eigenen Vorbringen des Rekurrenten nur die geringe Patenttaxe von 2 Fr. 40 Cts. per Monat verlangt wurde.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

IV. Vollziehung kantonaler Urtheile. — Exécution de jugements cantonaux.

45. Urtheil vom 22. Juli 1887 in Sachen Guggenheim.

A. In dem Konkurse des Leopold Guggenheim, Pferdehändlers von Endingen in Riesbach, machte Konrad Bavier, Postpferdehalter in Chur folgende Eingabe: Er fordere 20,000 Fr.

plus Zinsrestanz aus einer gegenüber der Bank für Graubünden gemeinsam mit Christ. Balzer, Postpferdehalter in Mühlen, für den Kridaren eingegangenen Bürgschaft; er bemerke, daß er dem Kridaren 10,190 Fr. 35 Cts. schulde, er habe dagegen eine Gegenforderung an den Kridaren aus obiger Bürgschaft, so daß er jedenfalls noch Gläubiger dieser Konkursmasse werde. Diese Eingabe wurde von der Ehefrau des Kridaren, Justine Guggenheim-Rueff, bestritten, mit der Begründung, die Kompensationsverstellung sei gemäß Art. 136 und 504 des Obligationenrechtes unzuläßig, denn Bavier habe erst dann eine Forderung an Guggenheim, wenn er die Gläubigerschaft befriedigt habe. Dies sei nicht vor der Konkurseröffnung geschehen. Nachdem am 13. Dezember 1886 eine konkradiktorische Verhandlung stattgefunden hatte, bei welcher Konrad Bavier auf Gutheißung seines „Rechtsbegehrens" unter Kostenfolge, die Einsprecherin dagegen auf Abweisung des Kompensationsbegehrens unter Kosten- und Entschädigungsfolge antrug, erkannte der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich am 3. Januar 1887 „über die Streitfrage, ob der Ansprecher die „der Masse schuldigen 10,190 Fr. 35 Cts. theils abbezahlt, „theils in Folge gemachter Bürgschaftsleistungen verrechnen „dürfe. 1. der Ansprecher ist in Folge Gegenrechnung der Kon„kursmasse noch 4744 Fr. 20 Cts. schuldig; in ihrem Mehr„betrage wird die Gegenforderung abgewiesen. 2. Die Staats„gebühr wird festgesetzt auf 60 Fr.; die übrigen Kosten betragen: „1 Fr. 20 Cts. Citationsgebühr, 4 Fr. 80 Cts. Schreibge„bühren, 2 Fr. Stempel, 2 Fr. 10 Cts. Porto. 3. Die Kosten „werden zu $^3/_7$ dem Ansprecher und zu $^4/_7$ der Einsprecherin „auferlegt. 4. U. s. w." In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß der Ansprecher „Substantielles über Natur und „Höhe der eingegangenen Bürgschaft nicht vorgebracht habe," sogar die Existenz der Bürgschaft sei in keiner Weise bescheinigt. Dagegen liege vor, daß er auf den anerkannten Saldo seiner Schuld an den Kridaren von 10,190 Fr. 35 Cts. seit 1. August 1886 noch Abzahlungen gemacht habe und blos noch 4644 Fr. schuldig sei. Zu bemerken ist, einerseits daß die Einsprecherin die von K. Bavier behauptete Bürgschaft gar nicht bestritten hatte, andererseits daß K. Bavier in einer Eingabe an den

Konkursrichter von Zürich vom 19. Dezember 1886, in welcher er ausführte, daß er nach Erledigung der Bürgschaftsangelegenheit an dem Kridaren einen Verlust von 4665 Fr. 30 Cts. erleide, bemerkte: Wenn Frau Guggenheim glaube, er dürfe die Schuld nicht kompensiren, so möge sie ihn hier, (in Chur) auf gerichtlichem Wege suchen.

B. K. Bavier ergriff gegen das Erkenntniß des Konkursrichters von Zürich kein Rechtsmittel; als indessen dessen Vollstreckung gegen ihn an seinem Wohnorte in Chur betrieben wurde, widersetzte er sich derselben und das Gantgericht Chur erkannte am 20. April 1887: 1. Kläger werde mit seiner Klage von hier ab- und auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen. 2. Hat er die Gerichtskosten im Betrage von 22 Fr. allein zu tragen und der beklagten Part für außergerichtliche Kosten 20 Fr. zu vergüten, mit der Begründung: das Erkenntniß des Konkursrichters von Zürich vom 3. Januar 1887 sei weder im Sinne des § 8 der Bündner Gantordnung, noch des Art. 61 der schweizerischen Bundesverfassung ein rechtskräftiges Civilurtheil und überdies die vom Beklagten erhobene Kompensationseinrede keineswegs offenbar nichtig oder trölerisch.

C. Gegen dieses Erkenntniß ergriff Justine Guggenheim geb. Rueff (welche die Forderung der Konkursmasse L. Guggenheim gegen Bavier an öffentlicher Steigerung erworben hatte) den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Sie beantragt, gestützt auf Art. 61 der Bundesverfassung, und indem sie insbesondere noch ausführt, daß Bavier die Kompetenz des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich anerkannt habe: Das Bundesgericht wolle das angefochtene Erkenntniß als ein mit der Bundesverfassung im Widerspruch stehendes kassiren und das Gantgericht Chur veranlaßen, das Urtheil des Konkursrichters Zürich zu vollstrecken, unter Kostenfolge.

D. Der Rekursbeklagte K. Bavier führt in seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde aus: der Konkursrichter habe keine weitere Befugniß als die, eine Ansprache an die Konkursmasse als Massebestandtheil zu fixiren, eine civilrichterliche Kompetenz stehe ihm nicht zu. Darüber, ob ein Masseschuldner mit einer Gegenforderung an die Konkursmasse kompensiren könne, habe

nicht der Konkursrichter, sondern der ordentliche Richter am Wohnorte des Schuldners, gemäß Art. 59 der Bundesverfassung, zu entscheiden. Die Frage der Verrechnung sei laut Art. 136 des Obligationenrechtes eine Frage des materiellen und nicht des Konkursrechts. Wie sich aus der Eingabe des Rekursbeklagten vom 19. Dezember 1886 ergebe, habe derselbe die Kompetenz des Konkursrichters von Zürich, über die Frage der Verrechnung zu entscheiden, durchaus nicht anerkannt. Ein Rechtsmittel gegen dessen Entscheidung zu ergreifen, habe er keine Veranlaßung gehabt, da er ja die Forderung der Masse Guggenheim an sich nicht bestreite, sondern derselbe nur die Einrede der Kompensation entgegenstelle, über welche einzig der ordentliche Richter seines Wohnortes entscheiden könne. Das Erkenntniß des zürcherischen Konkursrichters qualifizire sich somit nicht als rechtskräftiges Civilurtheil im Sinne des Art. 61 der Bundesverfassung. Demnach werde beantragt: Es sei der Rekurs Guggenheim als durchaus unbegründet abzuweisen unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Richter am Orte des Konkurses bundesrechtlich kompetent ist, über Existenz und Rang der zum Konkurse angemeldeten Ansprachen zum Zwecke der Feststellung derselben gegenüber der Konkursmasse und ihrer Befriedigung aus derselben zu entscheiden (Amtliche Sammlung V, S. 158; VI, S. 200). Ebenso ist unzweifelhaft, daß nach der zürcherischen Gesetzgebung diese Kompetenz dem Konkursrichter zusteht (§ 106 des Konkursgesetzes). Dagegen ist dem Konkursrichter eine weitergehende Kompetenz nicht eingeräumt; speziell ist derselbe nicht befugt, über den Bestand von Forderungen des Kridaren an Dritte zu entscheiden, sondern es ist hierüber im ordentlichen Verfahren von dem zuständigen Richter zu urtheilen.

2. Demnach war denn in casu der zürcherische Konkursrichter nicht kompetent, den Rekursbeklagten zu einer Leistung an die Konkursmasse des L. Guggenheim zu verurtheilen. Der Rekursbeklagte hatte seinerseits einen Anspruch auf Befriedigung einer ihm zustehenden Forderung aus der Konkursmasse des L. Guggenheim nicht erhoben, sondern nur sein Recht gewahrt, die von

ihm anerkannte Schuld an den Kridaren durch Kompensation zu tilgen. Darüber, ob dieser Anspruch rechtlich begründet oder ob der Rekursbeklagte trotz der von ihm behaupteten Gegenforderung zur Zahlung an die Konkursmasse verpflichtet sei, stand aber dem Konkursrichter gesetzlich eine Entscheidungsbefugniß nicht zu. Die sachbezügliche Streitigkeit qualifizirt sich, wie insbesondere nach zürcherischem Rechte (vergleiche die Präjudikate in Sträuli, Kommentar, S. 223 u. ff.) nicht bezweifelt werden kann, nicht als Konkurs- oder Auffallsstreitigkeit und gehört daher nicht zur Kompetenz des Konkursrichters, welche sich auf Konkursstreitigkeiten beschränkt.

3. Dafür, daß dem zürcherischen Konkursrichter eine über seine gesetzlichen Befugnisse hinausgehende Kompetenz durch Prorogation habe eingeräumt werden wollen, liegt nicht das Mindeste vor; vielmehr spricht die Eingabe des Rekursbeklagten vom 19. Dezember 1886 sehr entschieden gegen eine solche Annahme.

4. Demnach ist denn die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, da der zürcherische Konkursrichter zu Ausfällung seines Erkenntnisses vom 3. Januar 1887 nicht kompetent war, dasselbe somit nicht als rechtskräftiges Civilurtheil im Sinne des Art. 61 der Bundesverfassung betrachtet werden kann.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

46. Urtheil vom 16. September 1887 in Sachen Würsch und Flühler.

A. Durch Kontumazialurtheil des Kantonsgerichtes von Nidwalden vom 11. September 1886 wurde Josef Maria Aschwanden, Kirchenvogt in Bauen, Kantons Uri, verurtheilt, den Rekurrenten Maria Würsch in Ennetbürgen und Klemens Flühler in Beggenried den Betrag von 640 Fr. für benutzten 1883ger und 1884ger „Blumen" der Güter Oberehrlizihl und Baum-

gärtli, sammt Schatzungskosten, sowie 313 Fr. 45 Cts. an Prozeßkosten, zusammen also 953 Fr. 45 Cts. zu bezahlen, dabei wurde dem Verurtheilten eine Purgationsfrist von zwei Monaten angesetzt. Eine von J. M. Aschwanden beim Bundesgerichte gegen dieses Urtheil eingereichte Beschwerde wegen Verletzung des Art. 59, Absatz 1 der Bundesverfassung wurde durch Entscheidung vom 4. Februar 1887 als verspätet zurückgewiesen.

B. Die Rekurrenten leiteten nun gegen J. M. Aschwanden an seinem Wohnorte im Kanton Uri, gestützt auf das nidwaldensche Urtheil vom 11. September 1886 die Betreibung für ihre Forderung von 953 Fr. 45 Cts. ein, indem sie von demselben Bestellung eines Pfandes verlangten. Aschwanden gab Pfand an Haus und Hofstatt, indessen „auf Recht hin" und ließ die Rekurrenten durch Ladung vom 24./26. März 1887 vor Vermittleramt Bauen, eventuell vor Bezirksgericht Uri vorladen zur Beurtheilung des Rechtsbegehrens um „Aufhebung des Pfandes und Abweisung der Anforderung." Einem von den Rekurrenten an den Bezirksammann von Uri und hernach an den Regierungsrath dieses Kantons gerichteten Gesuche, um Exekution des nidwaldenschen Urtheils vom 11. September 1886 wurde von den genannten Behörden gemäß Schlußnahme vom 9. und 23. Mai 1887 keine Folge gegeben, indem dieselben u. A. ausführten, daß die Entscheidung über die von J. M. Aschwanden bestrittene Rechtsgültigkeit des nidwaldenschen Urtheils vom 11. September 1886 Sache der Gerichte sei. Ebenso wurde ein von den Rekurrenten beim Bezirksgerichte Uri gestelltes Begehren um „Bewilligung der Abtretung und des beneficium inventarii über das für eine Anforderung von 953 Fr. 45 Cts. mit Pfandschein vom 23. März 1887 verunterpfändete Haus und Hofstättli des J. M. Aschwanden in Bauen" durch Entscheidung vom 16. Mai 1887 abgewiesen, „in Erwägung, daß der Beweis für die Rechtskraft des Kon„tumazialurtheils des Kantonsgerichtes von Nidwalden vom „11. September 1886, aus welchem diese Forderung abgeleitet „wird, nicht erbracht ist und daß gegen diese Anforderung auch „am 26. März 1887 laut Beleg citirt wurde." Am 6. Juni

1887 gelangte dagegen der von J. M. Aschwanden mit Ladung vom 24./26. März 1887 anhängig gemachte Prozeß gegen die Rekurrenten vor dem Bezirksgerichte Uri zur Verhandlung und es wurde durch Kontumazialurtheil vom gleichen Tage, gemäß dem Antrage von J. M. Aschwanden, erkannt: Es sei das gestellte Rechtsbegehren begründet, die klägerische Forderung abgewiesen und das Pfand aufgehoben. Gegen dieses Urtheil erließen die Rekurrenten eine Purgationscitation; es wurde indeß hierüber, mit Rücksicht auf die mittlerweile beim Bundesgerichte eingereichte Beschwerde, nicht weiter verhandelt.

C. Mit Beschwerdeschrift vom 4./5. Juni 1887 ergriffen nämlich M. Würsch und K. Flühler den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Sie beantragen: das Bundesgericht wolle den urnerischen Exekutionsbehörden die Exekution des Urtheils vom 11. September 1886, ausgefällt vom Kantonsgerichte Nidwalden, anbefehlen und die Exekutionsfähigkeit dieses Urtheils feststellen. Zur Begründung führen sie aus: das Kontumazialurtheil vom 11. September 1886 sei, nachdem dasselbe nicht purgirt worden sei und das Bundesgericht die gegen dasselbe gerichtete Beschwerde abgewiesen habe, rechtskräftig geworden und die urnerischen Behörden seien mithin gemäß Art. 61 der Bundesverfassung verpflichtet, dasselbe ohne Weiteres zu vollstrecken. Keine urnerische Behörde wolle nun aber das nidwaldensche Urtheil exequiren; im Gegentheil muthe man den Rekurrenten, entgegen dem Art. 61 der Bundesverfassung und den §§ 87 und 88 der urnerischen Civilprozeßordnung, (wonach ein Rechtsdarschlag gegen Forderungen aus rechtskräftigem Urtheil unzuläßig sei) zu, sich über die von dem nidwaldenschen Gerichte bereits beurtheilte Sache vor dem urnerischen Richter auf einen neuen Prozeß einzulassen. Hierin liege eine flagrante Verletzung des Art. 61 der Bundesverfassung.

D. Der Rekursbeklagte J. M. Aschwanden macht in seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde im Wesentlichen geltend: Er habe die Kompetenz des nidwaldenschen Gerichtes von Anfang an bestritten und an dieser Bestreitung stets festgehalten. Dem bundesgerichtlichen Entscheide vom 4. Februar 1887 komme

nicht die Bedeutung zu, daß dadurch die Kompetenz des nidwaldenschen Gerichtes anerkannt worden wäre. Vielmehr sei der Rekursbeklagte berechtigt, auch noch in der Exekutionsinstanz seine Einwendungen gegen die Kompetenz dieses Gerichtes und mithin gegen die Rechtskraft des Urtheils geltend zu machen; er sei daher berechtigt gewesen, gegen die Betreibung der Rekurrenten Rechtsdarschlag zu erheben und die Frage der Rechtsbeständigkeit des fraglichen Urtheils beim urnerischen Richter anhängig zu machen. Den Rekurrenten wäre obgelegen, seinem Begehren gemäß Art. 30, litt. h der urnerischen Civilprozeßordnung die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegenzustellen und dadurch die Frage der Rechtskraft des nidwaldenschen Urtheils zur Entscheidung durch die urnerischen Gerichte zu bringen. Gegen den Entscheid dieser Gerichte hätte alsdann jede Partei den Rekurs an das Bundesgericht ergreifen können. Die von den Rekurrenten gethanen rechtlichen Schritte seien durchaus verkehrt. Eine Verletzung des Art. 61 der Bundesverfassung liege nicht vor, da auch nach dieser Verfassungsvorschrift jeder Kanton befugt sei, die Rechtskraft außerkantonaler Urtheile, deren Vollstreckung von ihm verlangt werde, insbesondere die Kompetenz des urtheilenden Gerichtes, zu prüfen. Demnach werde beantragt: 1. Der Rekurs des Geschäftsbüreau Welti, Namens Maria Würsch und Klemens Flühler sei überhaupt, eventuell zur Zeit als unbegründet abzuweisen. 2. Die Rekurrenten haben an den Rekursbeklagten wegen offenbar unbegründeter Beschwerdeführung eine Kostenentschädigung von 45 Fr. zu leisten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Art. 61 der Bundesverfassung verpflichtet die Kantone nur zur Vollstreckung rechtskräftiger außerkantonaler Civilurtheile; es steht demnach der um Vollstreckung eines außerkantonalen Urtheils angegangenen Behörde unzweifelhaft die Befugniß zu, die Frage zu prüfen, ob das Urtheil rechtskräftig, insbesondere ob es von einem kompetenten Gerichte ausgefällt ist. Die Kantone sind ferner nach konstanter bundesrechtlicher Praxis befugt, die Behörden, durch welche, und das Verfahren, in welchem hierüber entschieden werden soll, zu bestimmen. Da-

gegen ist es mit Art. 61 der Bundesverfassung unvereinbar, wenn gegen ein Vollstreckungsgesuch auch Einwendungen in der Sache selbst zugelassen werden und somit die Verhandlung auf die materielle Richtigkeit des Urtheils ausgedehnt wird. Es folgt ferner, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen des Dr. Zemp gegen Bern, vom 10. Juni 1881 (Entscheidungen, Amtliche Sammlung VII, S. 261) anerkannt hat, aus Art. 61 der Bundesverfassung, daß Derjenige, welcher die Vollstreckung eines Urtheils in einem andern Kantone auf Grund der citirten Verfassungsbestimmung betreibt, berechtigt ist, in dem kantonalgesetzlich festgesetzten Verfahren einen Entscheid der zuständigen Behörde darüber zu verlangen, ob das von ihm vorgelegte Urtheil als ein rechtskräftiges und vollstreckbares anerkannt werde.

2. Die urnerische Gesetzgebung enthält nun, soweit wenigstens hierorts ersichtlich ist, keine besondern Bestimmungen über die Vollstreckung außerkantonaler Urtheile. Die Art. 85 u. ff. der Civilprozeßordnung beziehen sich direkt blos auf kantonale Urtheile und der vom Rekursbeklagten in Bezug genommene Art. 30 litt. h ibidem handelt gar nicht von der Urtheilsvollstreckung, sondern von der Geltendmachung der exc. rei jud. gegen im Kanton Uri anhängig gemachte Klagen. Aus diesem Stillschweigen der Gesetzgebung, in Verbindung mit den im vorliegenden Falle von den urnerischen Verwaltungsbehörden getroffenen Entscheidungen, muß gefolgert werden, daß die Beurtheilung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit außerkantonaler Urtheile im Kanton Uri den ordentlichen Gerichten zusteht. Diese Gerichte sind dann aber, nach den in Erwägung 1 aufgestellten Grundsätzen, verpflichtet, wenn bei ihnen ein Gesuch um Vollstreckung eines außerkantonalen Urtheils angebracht wird, dasselbe zu prüfen und zu beurtheilen, d. h. sich darüber auszusprechen, ob das vorgelegte Urtheil als rechtskräftig und vollstreckbar anerkannt werde. Der Vollstreckungskläger braucht sich nicht darauf verweisen zu lassen, daß er in einer vom Vollstreckungsbeklagten als Kläger anhängig gemachten neuen Instanz die exc. rei judicatae vorschützen und dadurch einen gerichtlichen Entscheid über die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des

Urtheils indirekt herbeiführen könne; er ist vielmehr berechtigt, zu verlangen, daß die Gerichte über sein Vollstreckungsgesuch direkt entscheiden. Die Verweisung des Vollstreckungsklägers auf einredeweise Geltendmachung seines Anspruches in einer neuen, vom Vollstreckungsbeklagten als Kläger anhängig gemachten, Instanz ist mit dem Grundsatze, daß anläßlich von Exequaturgesuchen über die Sache selbst nicht verhandelt werden darf, kaum zu vereinigen und es kann auch auf diesem Wege der Vollstreckungskläger, selbst wenn ihm die Einrede der abgeurtheilten Sache zugesprochen wird, formell niemals einen vollstreckbaren Titel erlangen, da ja das in der neuen Instanz auszufällende Urtheil in seinem Dispositiv immer nur auf Zurückweisung des neuen Begehrens des Vollstreckungsbeklagten wird gehen können, dagegen das Vollstreckungsgesuch nicht direkt gutheißt.

3. Daraus folgt denn, daß die Beschwerde in dem Sinne begründet ist, daß die Rekurrenten berechtigt waren und sind, vom Bezirksgerichte Uri einen Entscheid darüber zu verlangen, ob ihr Vollstreckungsgesuch begründet, d. h. das nidwaldensche Urtheil vom 11. September 1886 rechtskräftig und vollstreckbar sei. Dagegen geht die Beschwerde zu weit, wenn sie verlangt, daß das Bundesgericht seinerseits bereits jetzt das nidwaldensche Urtheil als im Kanton Uri vollstreckbar erkläre; es ist vielmehr in erster Linie Sache des urnerischen Gerichtes, über die Begründetheit des Vollstreckungsgesuches der Rekurrenten zu entscheiden. Denn es ist nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes richtig, was der Rekursbeklagte ausführt, daß er seine Einwendungen gegen die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des nidwaldenschen Urtheils auch in der Exekutionsinstanz noch geltend machen könne und dieselben durch die Verspätung seines gegen das Urtheil vom 11. September 1886 gerichteten Rekurses an das Bundesgericht nicht verwirkt habe.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird in dem Sinne als begründet erklärt, daß der Entscheid des Bezirksgerichtes Uri vom 16. Mai 1887

aufgehoben wird und dieses Gericht verpflichtet ist, über Begehren der Rekurrenten, darüber zu entscheiden, ob das Urtheil des Kantonsgerichtes von Nidwalden vom 11. September 1886 als rechtskräftig und vollstreckbar anerkannt werde.

---

47. Urtheil vom 17. September 1887 in Sachen Bernheim.

A. Moritz Bernheim in Zürich besaß an Kaspar Affentranger, Schuster in Rothkreuz, Kantons Zug, eine Forderung aus Waarenlieferung im Betrage von 176 Fr. 40 Cts. sammt Zins. Nach dem Tode des Kaspar Affentranger klagte M. Bernheim diese Forderung gegen Xaver Unternährer in Luzern für seine Frau Anna geb. Affentranger und gegen den Gemeinderath von Fischbach, Kantons Luzern, Namens der Erben des Kaspar Affentranger, speziell eines minderjährigen Anton Affentranger, als angebliche Intestaterben des Kaspar Affentranger sel., resp. Vertreter von solchen ein und zwar im Gerichtsstande der Erbschaft vor dem Kantonsgerichte von Zug. Die Beklagten erschienen nicht und der Kläger erstritt am 4. November 1886 ein obsiegliches Urtheil des Kantonsgerichtes von Zug, welches Gericht sich gestützt auf § 11 der zugerischen Civilprozeßordnung als kompetent erklärte, weil die Verlassenschaft des Kaspar Affentranger noch unvertheilt in Rothkreuz im Besitze seiner Wittwe (zu deren Gunsten er eine testamentarische Verfügung getroffen hatte), befinde.

B. Als indeß M. Bernheim die Vollstreckung dieses Urtheils gegen X. Unternährer und den Gemeinderath von Fischbach an deren Wohnort im Kanton Luzern betrieb, verweigerte das Obergericht des Kantons Luzern durch Entscheidung vom 23. Februar 1887 die Vollstreckung, weil das in § 89 des luzernischen Civilrechtsverfahrens vorgeschriebene Verfahren nicht beobachtet worden sei, indem keine gehörige Vorladung stattgefunden habe und weil das Urtheil nicht gegen die Erbmasse, sondern gegen die Erben gerichtet sei, welche gemäß Art. 59 der Bundesver-

fassung an ihrem Wohnorte belangt werden müssen. An dieser Entscheidung hielt das Obergericht auch gegenüber einem neuerlichen, durch die Regierung des Kantons Zug an diejenige des Kantons Luzern gerichteten Vollstreckungsgesuche gemäß Schlußnahme vom 5./11. Mai 1887 fest.

C. Nunmehr ergriff M. Bernheim den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht; er beantragt, unter Berufung auf Art. 61 der Bundesverfassung, es sei der luzernisch-obergerichtliche Entscheid vom 5./11. Mai 1887 als staatsrechtswidrig vom Bundesgerichte zu kassiren unter Kostenfolge und unter Vollzugsbewilligung.

D. Die rekursbeklagten Erben Affentranger haben eine Rekursbeantwortung nicht eingereicht. Das Obergericht des Kantons Luzern hat auf Einreichung von Gegenbemerkungen gegen den Rekurs verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Vollziehung des Kontumazialurtheils des Kantonsgerichtes von Zug vom 4. November 1886 durch die luzernischen Gerichte schon deßhalb verweigert werden konnte, weil die Beklagten nicht rechtsgültig, gemäß den Bestimmungen des § 89 des luzernischen Civilrechtsverfahrens, vorgeladen worden seien. Denn jedenfalls trifft der zweite vom luzernischen Obergerichte für die Verweigerung der Urtheilsvollstreckung angeführte Grund zu.

2. Das Kantonsgericht von Zug war nämlich zur Beurtheilung der bei ihm anhängig gemachten Klage der Rekurrenten bundesrechtlich, gemäß Art. 59, Absatz 1 der Bundesverfassung nicht kompetent. Es ist zwar zweifellos, daß erbrechtliche Klagen nicht unter Art. 59, Absatz 1 der Bundesverfassung fallen. Allein die Klage des Rekurrenten macht keinen erbrechtlichen Anspruch auf die Verlassenschaft des Kaspar Affentranger geltend, sondern eine rein persönliche Forderung des Klägers an die beklagten angeblichen Erben. Daß für die Passivlegitimation der Beklagten gegenüber dieser Klage entscheidend ist, ob die Beklagten wirklich Erben des K. Affentranger geworden seien, ändert an der rechtlichen Natur der Klage offenbar nichts. Dieselbe erscheint dessenungeachtet als persönliche Schuldklage, welche

gemäß Art. 59, Absatz 1 der Bundesverfassung am Wohnorte der Beklagten angebracht werden mußte. Zwar ist in einzelnen bundesrechtlichen Entscheidungen (vergl. z. B. Entscheidung des Bundesgerichtes, i. S. Binggeli, Amtliche Sammlung II. S. 55) anerkannt worden, daß, so lange die Erbschaft noch unvertheilt am Wohnorte des Erblassers sich befinde, auch Nachlaßgläubiger ihre Ansprüche, unerachtet des Art. 59, Absatz 1 der Bundesverfassung, dort, im Gerichtsstande der Erbschaft, geltend machen können. Allein dies kann jedenfalls nur dann gelten, wenn der Gläubiger Befriedigung aus der unvertheilten Erbmasse begehrt und seine Klage daher gegen letztere selbst richtet. Nur in diesem Falle kann allfällig gesagt werden, daß nicht sowohl eine persönliche Ansprache an die Erben vorliege, als vielmehr eine Klage gegen den, als fortexistirend fingirten Erblasser oder gegen die Erbschaft als solche (als juristische Person oder doch formell selbständigen Vermögenskomplex). Dieser Fall liegt aber hier nicht vor. Die Klage richtet sich nicht gegen die Erbmasse als solche, sondern gegen die einzelnen angeblichen Erben und verlangt Befriedigung aus deren Vermögen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

48. Urtheil vom 2. Juli 1887 in Sachen Märky.

Das Bundesgericht hat, nach Einsicht der Eingabe des Rekurrenten, datirt den 10./13. Juni 1887, sowie der derselben beigelegten Aktenstücke,

in Betracht:

daß der Rekurrent von der Firma W. Hübner & Cie. in Kairo vor dem deutschen Konsulargerichte daselbst auf Bezahlung einer Summe von zusammen P. T. 20,797 12/40 sammt Zins à 9 %, vom 15. Dezember 1885 an gerechnet, belangt wurde;

daß derselbe die Kompetenz des deutschen Konsulargerichtes bestritt, weil er nicht mehr deutscher Schutzgenosse sei;

daß aber das Konsulargericht durch Entscheidung vom 17. Februar 1886 sich kompetent erklärte, weil die früher bestandene deutsche Schutzgenossenschaft des Rekurrenten gemäß den Bestimmungen der sachbezüglichen Instruktion vom 1. Mai 1872 nicht erloschen sei;

daß sodann durch Endurtheil vom 9. April 1886 das Konsulargericht in der Hauptsache im Wesentlichen zu Gunsten der Firma W. Hübner & Cie. entschied;

daß nun der Rekurrent in seiner Eigenschaft als Schweizerbürger sich an das Bundesgericht wendet und dasselbe ersucht:

1. Da aus den Akten die absolute Kompetenzlosigkeit der kaiserlich-deutschen Gerichte erhelle, die im Falle nöthigen Schritte

thun, eventuell dieselben ihm bezeichnen zu wollen, um die Wirkungen des Urtheils zu heben und den Kläger vor die zuständigen Gerichte, d. h. die Tribunaux de la Réforme zu weisen;

2. ihm die Wege zu bezeichnen, auf denen er für den ihm zugefügten Schaden (den er auf mindestens 1000 Pfund Sterling beziffern müsse), Entschädigung finden könne; eventuell wolle das Gericht für ihn die geeigneten Schritte einleiten lassen;

3. ihm anzugeben, ob und welche Gesetzesbestimmungen betreffend Beeinträchtigung, respektive Verderb des Broderwerbes existiren;

in Erwägung:

Daß dem Bundesgerichte nach Verfassung und Gesetz jegliche Kompetenz zu Beurtheilung von Beschwerden gegen Erkenntnisse ausländischer Gerichte mangelt (Art. 29 und 59 O.-G.);

daß dasselbe insbesondere nicht befugt ist, Beschwerden gegen Urtheile von Konsulargerichten zu beurtheilen, welche gegen Schweizerbürger als Schutzgenossen des betreffenden Konsulates oder Staates erlassen wurden;

daß ferner das Bundesgericht nicht in der Lage ist, Privaten rechtlichen Rath zu ertheilen, oder gar rechtliche Schritte für dieselben einzuleiten;

erkannt:

Auf die Eingabe des Rekurrenten wird nicht eingetreten.

II. Bau und Betrieb der Eisenbahnen.
Construction et exploitation des chemins de fer.

49. Urtheil vom 16. September 1887 in Sachen Bättig.

A. Anton Bättig, gewesener Kondukteur der Nordostbahngesellschaft, wohnhaft in Littau, Kantons Luzern, reichte beim Bezirksgerichte Luzern eine Klage gegen die Nordostbahngesell-

schaft ein, in welcher er folgende Anträge stellte: „Die Beklagte sei gehalten, an den Kläger 4000 Fr. nebst Verzugszins zu bezahlen. Eventuell die Beklagte sei gehalten, dem Kläger lebenslänglich eine jährliche Unterstützung von 300 Fr. zu verabfolgen, vorauszahlbar in zwei halbjährlichen Terminen und erstmals fällig den 30. März 1886." Das Hauptbegehren stützte sich, wie die Klagebegründung ergab, auf Art. 2 des eidgenössischen Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, das eventuelle Begehren dagegen auf die Statuten der Pensions- und Hülfskasse für die Angestellten der Nordostbahn vom 17. April 1880. Die Nordostbahngesellschaft bestritt die Kompetenz des luzernischen Gerichtes zu Beurtheilung des eventuellen Rechtsbegehrens, weil die Pensions- und Hülfskasse für die Angestellten der Nordostbahn eine selbständige juristische Person sei, die statutarisch (gemäß § 2 der Statuten) ihren Sitz und Gerichtsstand in Zürich habe; sie siegte mit dieser Einwendung erst- und oberinstanzlich ob.

B. Gegen die sachbezügliche Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 25. Mai gleichen Jahres ergriff A. Bättig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er behauptet:

1. Die angefochtene Entscheidung verletze den Art. 8, Absatz 2 des Bundesgesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen, wonach die Nordostbahn von den Einwohnern des Kantons Luzern (zu welchen der Rekurrent gehöre) an ihrem im Kanton Luzern verzeigten Domizil für Ansprüche aller Art, zu welchen auch Ansprüche an die Pensions- und Hülfskasse gehören, belangt werden könne. Wenn die Nordostbahn einwende, daß sie über die Pensionskasse nicht verfügen könne, so bestreite sie damit ihre Passivlegitimation zur Sache. Diese Einwendung möge im Haupturtheil geprüft werden, die Frage des Gerichtsstandes berühre sie nicht. Zudem sei es nicht richtig, daß die Pensions- und Hülfskasse eine von der beklagten Nordostbahn verschiedene juristische Person bilde. Die sachbezügliche Bestimmung in den Statuten der Pensions- und Hülfskasse (§ 2) sei nur zum Scheine gemacht. Die Statuten seien nicht von einer Versammlung der Pensionsberechtigten, sondern einseitig von der Direktion der Nordostbahn aufgestellt und können

auch von ihr eigenmächtig revidirt werden. Das beweise am besten, daß es sich nicht um eine selbständige, juristische Person handle. Das Gleiche folge daraus, daß statutarisch und bundesrechtlich das Vermögen der Kasse abgesondert von dem Vermögen der Nordostbahn verwaltet werden müsse; eine solche Bestimmung hätte gar keinen Sinn, wenn es sich um zwei getrennte verschiedene Rechtssubjekte handeln würde. Endlich habe auch die Verwaltungskommission der Pensionskasse selbst in einer Eingabe vom 5. Januar 1887 es ausgesprochen, daß die Hülfskasse ein zur Bahn gehöriges, von ihr in ihrem eigenen Interesse gegründetes Institut sei, dessen Verwaltungskommission sogar in Existenzfragen von den Organen der Nordostbahn nicht einmal konsultirt werde.

2. Verletzt seien ferner die Art. 58 der Bundesverfassung und § 5, Absatz 5 der Kantonsverfassung, denn der Rekurrent wolle gemäß Art. 29 der Statuten der Pensionskasse darauf verwiesen werden, seine Rechte, unter Abschneidung des ordentlichen Rechtsweges, bei den Organen der Pensionskasse, resp. der Beklagten selbst geltend zu machen, was mit der Garantie des verfassungsmäßigen Richters unvereinbar sei.

Demnach werde beantragt: der Entscheid des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 25. Mai 1887 sei aufzuheben und das Bezirksgericht Luzern zur Beurtheilung auch des eventuellen Klagebegehrens kompetent zu erklären, unter Kostenfolge für die Beklagte.

C. In ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde führt die Nordostbahngesellschaft aus: Der gemäß Art. 8, Absatz 2 des Bundesgesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen in Luzern für Ansprachen von Kantonseinwohnern an die Nordostbahnbegründete Gerichtsstand gelte nur für Ansprüche an die Nordostbahngesellschaft, nicht aber für Ansprüche an die Pensions- und Hülfskasse ihrer Angestellten, welche, wie des Nähern ausgeführt wird, eine selbständige juristische Person mit Sitz und Gerichtsstand in Zürich sei. In seinem eventuellen Klagebegehren habe aber der Rekurrent, wie sich aus der Klagebegründung ergebe, einen Anspruch an die Pensions- und Hülfskasse, nicht aber an die Nordostbahn erhoben. Eine Verletzung des

Art. 8 des Eisenbahngesetzes liege also nicht vor. Noch viel weniger könne von einer Verletzung des Art. 58 der Bundes- oder § 5 der Kantonsverfassung die Rede sein; die Nordostbahn habe der Klage lediglich entgegengestellt, daß dieselbe, soweit gegen die Hülfskasse gerichtet, nicht in Luzern, sondern vor dem ordentlichen Gerichte in Zürich zu erheben sei. Welche Einwendungen formalen oder sachlichen Charakters die Nordostbahn oder die Hülfskasse der Klage vor den zürcherischen Gerichten entgegensetzen werden, sei gegenwärtig nicht zu untersuchen; es sei also jetzt auch nicht zu prüfen, ob die Statuten der Pensions und Hülfskasse unzuläßige Bestimmungen über die Behandlung von Pensionsansprüchen enthalten. Demnach werde beantragt:

1. Das Rekursbegehren des A. Bättig sei abzuweisen.

2. Demselben seien alle daherigen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu überbinden.

D. Das Obergericht des Kantons Luzern hat auf Einreichung von Gegenbemerkungen gegen die Rekursschrift verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die angefochtene Entscheidung spricht keineswegs aus, daß der Rekurrent seine Ansprüche an die Pensions- und Hülfskasse für die Angestellten der Nordostbahn endgültig und unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges der Beurtheilung der Verwaltungsorgane der genannten Kasse unterstellen müsse; sie geht vielmehr nur dahin, daß für das eventuelle Klagebegehren des Rekurrenten ein Gerichtsstand nicht in Luzern, sondern nur am Sitze der Pensions- und Hülfskasse in Zürich begründet sei. Von einer Verletzung des Art. 58 der Bundesverfassung oder des § 5 der Kantonsverfassung kann also von vorneherein keine Rede sein.

2. Was sodann die Beschwerde wegen Verletzung des Art. 8, Absatz 2 des Bundesgesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen anbelangt, so muß sich fragen, ob die Pensions- und Hülfskasse für die Angestellten der Nordostbahn lediglich eine Kasse oder Verwaltungsabtheilung der Nordostbahn sei, so daß Ansprüche an dieselbe in dem (an sich anerkannten) Gerichtsstande der Nordostbahn in Luzern verfolgt werden können, oder

ob die Pensions- und Hülfskasse sich als selbständige juristische Person qualifizire, welche bei den Gerichten ihres statutarischen Sitzes in Zürich belangt werden müsse. Es kann nämlich nach der Klagebegründung einem Zweifel nicht unterliegen, daß das eventuelle Klagebegehren des Rekurrenten sich auf die Statuten der Pensions- und Hülfskasse stützt, also eine Leistung aus dieser Kasse verlangt, so daß die Klage insoweit, sofern eben die Hülfskasse eine von der Nordostbahn verschiedene selbständige juristische Person ist, sich in That und Wahrheit nicht gegen die Nordostbahn, sondern gegen die Hülfskasse richtet.

3. Die selbständige juristische Persönlichkeit der Pensions- und Hülfskasse nun ist nicht zu bezweifeln. § 2 der vom Regierungsrathe des Kantons Zürich am 21. August 1880 genehmigten Statuten dieser Anstalt bestimmt ausdrücklich, daß dieselbe als juristische Person bestehe und ihren Sitz und Gerichtsstand in Zürich habe. Wie ferner aus dem ganzen Inhalte der Statuten hervorgeht und in § 33 derselben noch ausdrücklich bestimmt ist, stehen die Fonds der Pensions- und Hülfskasse im ausschließlichen Eigenthum derselben, so daß also die Anstalt eigenes, vom Vermögen der Nordostbahn getrenntes, Vermögen besitzt, welches beispielweise für Schulden der Nordostbahn nicht haftet. Es ist also das durchschlagende Merkmal selbständiger juristischer Persönlichkeit einer Anstalt, — die selbständige, staatlich anerkannte, Rechts-, speziell Vermögensfähigkeit derselben, — gegeben. Daß die Anstalt von der Nordostbahn gegründet wurde und den Behörden der letztern gewisse Verwaltungsbefugnisse in Betreff derselben zustehen, vermag hieran nichts zu ändern; es ist dies mit dem Vorhandensein einer selbständigen juristischen Person hier ebensowenig unverträglich, als bei vom Staate gegründeten Bankinstituten und dergleichen.

4. Da der Rekurrent das Armenrecht genießt, so ist vom Bezuge von Gebühren Umgang zu nehmen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

Eingriffe in garantirte Rechte. — Atteintes portées à des droits garantis.

50. Urtheil vom 16. September 1887 in Sachen Tobler.

A. J. Tobler, Konditor, in der Länggasse bei Bern suchte bei der Baukommission des Gemeinderathes der Stadt Bern um die Baubewilligung für Erstellung eines Werkstatt- und Magazingebäudes auf seiner Besitzung Nr. 49 in der Länggasse bei Bern, gemäß vorgelegtem Plane nach. Die Baukommission verweigerte laut Schlußnahme vom 25. November 1885 die Baubewilligung, „1. weil entgegen den Bestimmungen von „§ 18 der Bauordnung für den Stadtbezirk Bern der Bau „weniger als 10 Meter von den Fensterlichtern der Façade von „Nr. 49, 53 und 55 Länggasse zu stehen käme; 2. weil ent„gegen § 1 und 2 derselben Bauordung und § 4 der Stadt„erweiterungsverordnung vom 5. Mai 1869 das Gebäude nicht „3.60 Meter von der Grenze des nordwestlich von demselben „liegenden öffentlichen Weges zu stehen käme und gegen die „Länggasse die von der Gemeindebehörde bezeichnete und vom „Regierungsrathe unterm 29. November 1873 genehmigte Bau„linie nicht eingehalten würde.“ Gegen diesen Entscheid rekurrirte J. Tobler zuerst an das Regierungsstatthalteramt Bern und hernach an den Regierungsrath des Kantons Bern, wurde aber von beiden Behörden abgewiesen, vom Regierungsrathe durch Entscheidung vom 8. Januar 1887 und wesentlich aus den von der Baukommission angeführten Gründen.

B. Nunmehr ergriff Tobler den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er stellt die Anträge: „Es sei der Ent„scheid des bernischen Regierungsrathes in Sachen des Rekur„renten gegen die Baukommission des Gemeinderathes der Stadt „Bern vom 8./31. Januar 1887 gerichtlich als verfassungs„und gesetzwidrig aufzuheben, unter Kostenfolge, eventuell: Es „sei der fragliche Entscheid jedenfalls in der Hinsicht gerichtlich „als verfassungs- und gesetzwidrig aufzuheben, als sich derselbe „auf die §§ 1, 2 und 18 der Bauordnung für den Stadt„bezirk Bern von 1877 und die Stadterweiterungsverordnung „von 1869 stützt, eventuell jedenfalls, soweit er sich auf die „genannte Stadterweiterungsverordnung stützt."

Zur Begründung wird wesentlich geltend gemacht:

1. Das erste Motiv des Bauabschlages der Baukommission stütze sich auf § 18 der (von der Einwohnergemeinde Bern am 20. Dezember 1877 angenommenen und vom Regierungsrathe am 17. Juli 1880 sanktionirten) Bauordnung für den Stadtbezirk Bern, welcher in der That u. A. bestimme, daß vor Hauptfaçaden nicht näher als 10 Meter gebaut werden dürfe; es sei auch richtig, daß die vom Rekurrenten projektirte Neubaute weniger als 10 Meter von den Fensterlichtern der Façade von Nr. 49, 53 und 55 der Länggasse zu stehen käme. Allein die fragliche Vorschrift des § 18 der Bauordnung sei verfassungswidrig; dieselbe enthalte einen Eingriff in das Eigenthum, welcher mit der in § 83 der Kantonsverfassung niedergelegten Garantie der Unverletzlichkeit des Eigenthums unvereinbar sei. Es sei zwar richtig, daß der Inhalt des Eigenthums durch die Gesetzgebung näher bestimmt, beziehungsweise beschränkt werden dürfe. Die Bauordnung für den Stadtbezirk Bern sei aber kein Gesetz, da sie nicht vom Gesetzgeber ausgehe; eine Gemeinde, mit oder ohne Sanktion des Regierungsrathes, könne kein Gesetz erlassen. Die Beschwerde sei auch nicht verspätet, denn nach konstanter bundesrechtlicher Praxis sei eine Beschwerde wegen Verfassungsverletzung nicht nur gegen eine verfassungswidrige Verordnung selbst, sondern auch gegen jeden den Rekurrenten speziell betreffenden Akt der Anwendung derselben zulässig.

2. Soweit der Bauabschlag darauf begründet werde, daß die projektirte Neubeute nicht 3.60 Meter von der Grenze des dieselbe nordwestlich begrenzenden Weges zu stehen käme, so sei zu bemerken: § 6 des kantonalen Straßenpolizeigesetzes vom 21. März 1834 bestimme: „Neue Gebäude dürfen nie näher „als 12 Fuß von der Grenze der Straße ausgeführt werden.“ Diese Gesetzesbestimmung erkenne der Rekurrent als rechtsverbindlich an und er habe dieselbe auch beobachtet, da er bei seinem Bauprojekte die Entfernung von 12 Fuß mit Bezug auf die seine Besitzung im Norden begrenzende Länggaßstraße genau innegehalten habe. Dagegen stehe in Frage, ob die Entfernung von 12 Fuß auch gegenüber dem sein Grundstück nordwestlich begrenzenden Wege innegehalten werden müsse. Dies sei zu verneinen. Der fragliche Weg sei gar keine Straße im Sinne des Straßenpolizeigesetzes sondern ein bloßer, zudem nach den gegenwärtigen Verhältnissen gar keinem öffentlichen Bedürfnisse mehr dienender, Fußweg; die Bestimmung des § 6 des Straßenpolizeigesetzes sei also auf denselben nicht anwendbar. Weitergehende Beschränkungen der Baufreiheit der Angrenzer an öffentliche Wege enthalten allerdings die § 1 und 2 der Bauordnung für den Stadtbezirk Bern; allein diese Bestimmungen seien, soweit sie über das Gesetz hinausgehen, aus den sub 1 entwickelten Gründen verfassungswidrig.

3. Endlich stütze sich der Bauabschlag noch auf die von der Einwohnergemeinde Bern am 5. Mai 1869 angenommene Stadterweiterungsverordnung. Diese Verordnung habe den Zweck, einen rationellen Bauplan für die Erweiterung der Stadt Bern einzuführen, sie enthalte daher Vorschriften über die zukünftigen Straßenalignements, öffentlichen Plätze u. s. w. § 4 dieser Verordnung bestimme: „Wer innerhalb der durch „die genehmigten Baupläne umfaßten Bezirke und Quartiere „Bauten irgend welcher Art ausführen will, hat sich genau an „die in diesen Bauplänen aufgenommenen Straßenbaulinien „zu halten; insbesondere darf das zu künftigen öffentlichen „Bauten (Straßen und Plätzen) bestimmte Land nicht über„baut werden.“ § 6 schreibe vor: „Bis zum Zeitpunkte der „wirklichen Besitznahme von Eigenthum irgend einer Art ist

„Niemand berechtigt, irgend eine Entschädigung zu fordern.“ Diese Verordnung habe am 1. September 1869 die Sanktion des Großen Rathes erhalten und es sei der Einwohnergemeinde Bern für die darin vorgesehenen Bau- und Alignementslinien das Expropriationsrecht ertheilt worden, jedoch nur auf 5 Jahre, beginnend mit dem Tage, an welchem der Plan für jedes einzelne Quartier die Genehmigung des Regierungsrathes werde erhalten haben. Der Bauabschlag gründe sich nun darauf, daß das Bauprojekt des Rekurrenten nicht die Entfernung von 3.60 Meter von der durch die Gemeindebehörde von Bern festgesetzten und vom Regierungsrathe des Kantons Bern am 29. November 1873 genehmigten Baulinie für das Länggaßquartier innehalte. Allein hierauf sei vorerst zu erwidern, daß die fünfjährige Frist, auf welche das Expropriationsrecht für diese Baulinie vom Großen Rathe ertheilt worden sei, bereits abgelaufen und somit jede daherige Beschränkung des Rekurrenten dahingefallen sei. Ferner liege auch in § 4 der Stadterweiterungsverordnung ein verfassungsmäßig unzuläßiger Eingriff in das Eigenthum des Rekurrenten. Denn das diese Verordnung genehmigende Dekret des Großen Rathes vom 1. September 1869 sei, wie im Anschlusse an die bundesgerichtliche Entscheidung in Sachen Verdan vom 29. Oktober 1880 (Amtliche Sammlung VI, S. 256) ausgeführt wird, kein Gesetz, sondern ein bloßer Verwaltungsakt; es habe also auch durch dieses Dekret das Eigenthum des Rekurrenten nicht eingeschränkt werden können.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde (welcher sich der Regierungsrath des Kantons Bern einfach anschließt) führt der Gemeinderath der Stadt Bern im wesentlichen aus:

Ad 1. § 18 der Bauordnung für den Stadtbezirk Bern sei nicht verfassungswidrig. Die Bauordnung sei allerdings kein Gesetz, sondern ein bloßes, mit Genehmigung der obersten Polizeibehörde, des Regierungsrathes, erlassenes Polizeireglement. Allein sie beruhe auf gesetzlicher Grundlage. § 83 der Kantonsverfassung habe nicht den Sinn, daß das Eigenthumsrecht dem Eigenthümer eine schlechthin unbeschränkte Verfügungsbefugniß gewähre. Vielmehr sei das Eigenthum vielfach gesetzlich beschränkt.

Insbesondere bestimme Satz. 380 des bernischen Civilgesetzbuches, daß jedes Grundstück nur so benutzt werden solle, daß auch die Nachbarn ihre Grundstücke ihrem Rechte nach benützen können. Diese gesetzliche, absichtlich sehr allgemein gehaltene, Eigenthumsbeschränkung müsse sich in der Anwendung ganz verschieden gestalten, je nachdem es sich um städtische oder ländliche Verhältnisse handle. Auf derselben, also auf einer gesetzlichen, auf dem Nachbarverhältnisse beruhenden, Eigenthumsbeschränkung, beruhen die städtischen Baureglemente, insbesondere § 18 der Bauordnung für den Stadtbezirk Bern. Diese Reglemente enthalten lediglich die nähere Ausführung und Anwendung auf städtische Bauverhältnisse der Norm der Satz. 380 cit. Deßhalb seien denn auch diese Reglemente nie in Form eines allgemeinen Landesgesetzes, sondern stets nur in Form einer hoheitlich genehmigten Polizeiverordnung erlassen worden. Ob sie auf richtiger oder unrichtiger Anwendung der zu Grunde liegenden kantonalen Gesetzesbestimmung beruhen, habe das Bundesgericht nicht zu untersuchen.

Ad 2. Der Rekurrent anerkenne selbst die Rechtsverbindlichkeit der in § 6 des kantonalen Straßenbaupolizeigesetzes aufgestellten Eigenthumsbeschränkung. Ob die kantonalen Behörden mit Recht angenommen haben, daß diese Bestimmung sich nicht nur auf eigentliche Straßen, sondern überhaupt auf alle öffentlichen Verbindungswege beziehe, habe das Bundesgericht nicht zu untersuchen. Die Auffassung der kantonalen Behörden sei übrigens sachlich richtig und entspreche der bisherigen Praxis des Regierungsrathes. § 1 und 2 der Bauordnung für den Stadtbezirk Bern enthalten in dieser Richtung blos eine Verdeutlichung und nähere Ausführung des § 6 des Straßenpolizeigesetzes.

Ad 3. Daß die fünfjährige Frist, für welche der Große Rath der Gemeinde Bern das Expropriationsrecht zum Zwecke der Stadterweiterung ertheilt habe, rücksichtlich der hier in Rede stehenden Straßenlinie abgelaufen sei, sei richtig aber unerheblich. Denn in concreto handle es sich nicht um Geltendmachung eines Expropriationsrechtes der Gemeinde Bern, sondern um die Handhabung einer baupolizeilichen Bestimmung der

Stadterweiterungsverordnung, welcher der Große Rath durch sein Dekret vom 1. September 1869 seine Sanktion ohne Beschränkung auf eine bestimmte Zeitdauer ertheilt habe. Die Beschwerde richte sich in Wahrheit gegen das großräthliche Dekret vom 1. September 1869. Dieses sei aber schon am 21. September gleichen Jahres amtlich bekannt gemacht worden. Der Rekurs sei daher wegen Verabsäumung der in Art. 59 O.-G. festgesetzten Beschwerdefrist verspätet. Derselbe wäre übrigens auch materiell, aus den ad 1 angeführten Gründen, unbegründet. Des Fernern habe der Rekurrent die Rechtsverbindlichkeit des § 4 der Stadterweiterungsverordnung auch ausdrücklich wiederholt anerkannt; das erste Mal am 4. Oktober 1877, als ihm die Baubewilligung zur südseitigen Erweiterung seines Wohngebäudes Nr. 204 und 205 jetzt Nr. 109, Länggaßdrittel ertheilt worden sei, und das zweite Mal am 2. Mai 1878, als er die Baubewilligung für Erweiterung seines Wohngebäudes 206a, jetzt 43, erhalten habe. Hier wie dort heiße es nämlich in den vom Rekurrenten zu Gunsten der Gemeinde Bern ausgestellten Reversen: „Infolge des an diese Baubewil„ligung geknüpften Vorbehaltes, und mit Bezugnahme auf die „Bestimmungen des Art. 4 der Stadterweiterungsverordnung „vom 5. Mai 1869 verpflichtet sich nun Herr Tobler für sich „und seine Nachbesitzer: 1. Aus dieser Bewilligung zu keinen „Zeiten irgendwelches Recht herzuleiten, auch diese neuen Aus„und Anbauten auf erstes Begehren der Gemeindebehörden, „sobald die Stadterweiterungsalignemente längs der Länggaß„straße zur Verwirklichung kommen sollten, wieder abzutragen „und in diesem Falle auf jede Entschädigung zum Voraus Ver„zicht zu leisten. 2. U. s. w.“ Diese Reverse seien notarialisch stipulirt, vom Gemeinderathe genehmigt, gefertigt und in das Grundbuch eingetragen worden. Der Rekurrent habe daher nicht blos die persönliche Verpflichtung zur jederzeitigen Respektirung der in § 4 der Stadterweiterungsverordnung festgestellten Baulinie auf seiner Besitzung anerkannt, sondern sogar die Beschränkung seines Eigenthums durch § 4 cit. als eine auf seiner Besitzung bestehende Dienstbarkeit. Angesichts dieses Umstandes sei es kaum nöthig, die baupolizeiliche Zulässigkeit des § 4 der

Verordnung einläßlicher zu erörtern. Dieselbe wäre übrigens aus den gleichen Gründen wie bezüglich der Bauordnung für den Stadtbezirk Bern zu bejahen. Endlich sei 4. auch noch darauf hinzuweisen, daß die Beschwerde auch gegenüber der Bauordnung für den Stadtbezirk Bern wegen Verabsäumung der sechzigtägigen Rekursfrist des Art. 59 O.-G. unzulässig sei. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht möchte die Rekursbegehren des Herrn Tobler verwerfen und denselben auch zu den Kosten verurtheilen.

D. Replikando bekämpft der Rekurrent die Ausführungen der Vernehmlassungsschrift; insbesondere verweist er, gegenüber der Einrede der Verspätung des Rekurses, auf die bundesgerichtliche Entscheidung in Sachen Sulzer, (Amtliche Sammlung IX, S. 447) und führt bezüglich der von ihm ausgestellten Reverse aus: Dieselben beziehen sich nicht auf die gegenwärtig projektirten Bauten; dieselben seien zu einer Zeit ausgestellt worden, wo die der Gemeinde Bern für die Ausführung ihrer Stadterweiterungspläne in der Länggasse zu Bern ertheilte Expropriationsfrist noch nicht abgelaufen gewesen sei. Es sei endlich durch dieselben nur die Verpflichtung übernommen worden, die damals dem Rekurrenten bewilligten Bauten unter gewissen Bedingungen wieder abzutragen und auf jede Entschädigung von daher zu verzichten. Dagegen habe der Rekurrent niemals die Stadterweiterungsverordnung als stets und jedem Falle für seine Besitzung verbindlich anerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerde richtet sich nicht gegen die Bauordnung für den Stadtbezirk Bern vom 20. Dezember 1877 oder gegen die Stadterweiterungsverordnung vom 5. Mai 1869, sondern gegen eine, allerdings in Anwendung dieser allgemeinen Erlasse, speziell dem Rekurrenten gegenüber getroffene Einzelverfügung, den Bauabschlag der gemeinderäthlichen Baukommission vom 25. November 1885, resp. den diesen Bauabschlag letztinstanzlich bestätigenden Entscheid des Regierungsrathes des Kantons Bern vom 8. Januar 1887. Da gegenüber diesen Verfügungen die gesetzliche Rekursfrist des Art. 59 O.-G. gewahrt ist, so kann die Beschwerde nicht als verspätet zu-

rückgewiesen werden. Denn nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes (vergleiche z. B. Amtliche Sammlung VI, S. 480; IX, S. 448, Erwägung 2) geht durch die Unterlassung, einen allgemeinen Erlaß (Gesetz oder Verordnung) binnen 60 Tagen von seiner Publikation an beim Bundesgerichte anzufechten, zwar wohl das Rekursrecht gegen das betreffende Gesetz oder die betreffende Verordnung selbst unter, dagegen bleibt nichtsdestoweniger jedem Bürger das Recht gewahrt, spätere, in Anwendung des fraglichen Gesetzes oder der fraglichen Verordnung gegen ihn speziell erlassene Einzelverfügungen, binnen der gesetzlichen Rekursfrist von Eröffnung dieser Verfügungen an, beim Bundesgerichte als verfassungswidrig anzufechten. Es mag übrigens, was speziell die Bauordnung vom 20. Dezember 1877 anbelangt, noch darauf hingewiesen werden, daß aus den Akten nicht erhellt, ob und wann diese Verordnung amtlich, in verbindlicher Form, publizirt worden ist.

2. In der Sache selbst ist zu bemerken, daß die angefochtenen Verfügungen der Baukommission und des Regierungsrathes sich ausschließlich auf die Bestimmungen der Bauordnung für den Stadtbezirk Bern und der Stadterweiterungsverordnung und gar nicht auf die Vorschrift des § 6 des kantonalen Straßenpolizeigesetzes berufen und sich daher nur fragen kann, ob eine auf Grund der ersterwähnten Vorschriften erlassene Verfügung des angefochtenen Inhalts als verfassungsmäßig aufrecht erhalten werden könne oder nicht.

3. Dies ist zu verneinen und zwar aus denjenigen Gründen, welche bereits in der bundesgerichtlichen Entscheidung über die in allen erheblichen Punkten mit dem gegenwärtigen Fall übereinstimmende Sache Verdan gegen Einwohnergemeinde Biel vom 29. Oktober 1880 (Amtliche Sammlung VI, S. 586 ff.) insbesondere in Erwägung 4 (a. a. O., S. 597 ff.) dargelegt worden sind. Gemäß der in jenem Falle aufgestellten Grundsätze ist auch hier festzuhalten, daß der Inhalt des Eigenthums nur auf dem Wege der Gesetzgebung und nicht durch eine bloße Verwaltungsanordnung modifizirt werden kann, daß die, durch die Bauordnung für den Stadtbezirk Bern und die Stadterweiterungsverordnung aufgestellten, hier fraglichen Baubeschrän-

kungen dem Rekurrenten Befugnisse entziehen, welche ihm, abgesehen von diesen Erlassen, nach der bernischen Gesetzgebung zustehen würden und daß nun weder die Bauordnung noch die Stadterweiterungsverordnung Gesetzeskraft besitzen. Wenn die Rekursbeklagte meint, die Befugniß der Einwohnergemeinde Bern, die fraglichen Baubeschränkungen aufzustellen, folge aus Satz. 380 des bernischen Civilgesetzbuches, so kann dies nicht als richtig anerkannt werden. Der in Satz. 380 aufgestellte Grundsatz, daß „ein jedes Grundstück so benutzt werden soll, daß auch „die Nachbarn ihre Grundstücke ihrem Rechte nach benutzen „können", verleiht wohl den Nachbarn das Recht, sich einer, ihre Eigenthumsrechte verletzenden, Benutzung des Nachbargrundstückes, erforderlichenfalls im Wege des Civilprozesses, zu widersetzen, dagegen begründet er in keiner Weise ein Recht der Gemeinden, über die Beschränkungen des Grundeigenthums auf ihrem Gebiete autonomische, in den allgemeinen Landesgesetzen nicht enthaltene, Rechtssätze aufzustellen.

4. Was speziell die vom Rekurrenten zu Gunsten der Einwohnergemeinde Bern ausgestellten Reverse anbelangt, so kann gewiß nicht gesagt werden, daß in denselben ein Verzicht darauf liege, spätere, die Besitzung des Rekurrenten betreffende, baupolizeiliche Verfügungen beim Bundesgerichte als verfassungswidrig anzufechten. Wenn dagegen die Einwohnergemeinde Bern glaubt, aus diesen Reversen ein Privatrecht gegenüber dem Rekurrenten herleiten zu können, kraft dessen derselbe verpflichtet sei, die von ihm nunmehr projektirten Bauten auf seiner Besitzung zu unterlassen, so muß ihr vorbehalten werden, dieses Recht im Civilprozeßwege geltend zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als begründet erklärt und es werden mithin die angefochtene Entscheidung des Regierungsrathes des Kantons Bern vom 8. Januar 1887 und der durch diese Entscheidung aufrecht erhaltene Bescheid der Baukommission des Gemeinderathes der Stadt Bern vom 25. November 1885 aufgehoben.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande.
Traités de la Suisse avec l'étranger.

I. Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse.
Rapports de droit civil.

Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869.
Traité avec la France du 15 Juin 1869.

51. Urtheil vom 30. September 1887 in Sachen von Gonzenbach.

A. Durch Erkenntniß vom 14. Dezember 1886 hatte das Obergericht des Kantons Zug auf Ansuchen des N. Conti in Paris die Vollstreckung eines Urtheils des Handelsgerichtes des Seinedepartementes vom 19. November 1884 gegen C. von Gonzenbach-Escher in Buonas bewilligt. C. von Gonzenbach-Escher beschwerte sich gegen dieses Erkenntniß beim Bundesgerichte und es wurde dasselbe durch Entscheid vom 25. Februar 1887 (vergleiche diese Entscheidung, aus welcher der Thatbestand ersichtlich ist, Amtliche Sammlung XIII, S. 22) aufgehoben, weil das Vollstreckungsbegehren verfrüht sei, da in Sachen noch eine Beschwerde beim französischen Kassationshofe schwebe.

B. Nachdem nun am 17. Mai 1887 der französische Kassationshof die fragliche Beschwerde des C. von Gonzenbach-Escher abgewiesen hatte, erneuerte N. Conti beim Obergerichte des Kantons Zug sein Begehren um Vollstreckung des handels-

gerichtlichen Urtheils vom 19. November 1884 und das Obergericht entsprach, unerachtet der vom Vollstreckungsbeklagten von Gonzenbach-Escher erhobenen Einwendungen, diesem Begehren, indem es am 6. August 1887 erkannte:

1. Sei die Exekution genannten Urtheils des Handelsgerichtes des Seinedepartementes gegen Herrn C. von Gonzenbach mit Domizil zu Buonas, Gemeinde Risch, im Sinne Erwägung 2 des obergerichtlichen Urtheils vom 14. Dezember 1886 bewilligt.

2. Habe Beklagter seine Kosten an sich zu tragen und dem Kläger nebst den frühern Prozeßkosten von 250 Fr. an die neulichen Kosten noch 200 Fr. zu vergüten.

C. Mit Eingabe vom 28./29. August 1887 beschwert sich C. von Gonzenbach-Escher von neuem beim Bundesgerichte. Er beantragt:

1. Es sei das Urtheil des zugerschen Obergerichtes zu vernichten und die Judikatsklage abzuweisen;

2. eventuell es sei die Klage unbegründet:

a. bezüglich der Zinsforderung vom 19. September 1884 von 10,000 Fr.;

b. bezüglich der Forderung von 15,000 Fr. mit Zins vom 22. Januar 1885;

c. bezüglich der Prozeßentschädigung von 250 Fr. für das erste Exekutionsverfahren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen.

Zur Begründung dieser Anträge werden, wie bereits vor dem Obergerichte des Kantons Zug, folgende Gesichtspunkte geltend gemacht:

1. Es werde der Judikatsklage des N. Conti die Einrede der Kompensation entgegengestellt. Der Rekurrent habe gegen den N. Conti vor dem Landgerichte in Ravensburg eine aus dem gleichen Rechtsverhältnisse wie die Forderung des N. Conti abgeleitete Schadenersatzforderung von (60,000 Fr.) 48,000 M. eingeklagt. Allerdings habe das Landgericht in Ravensburg sich inkompetent erklärt, allein er habe hiegegen Berufung eingelegt. Nach Art. 131 des Obligationenrechts könne er diese Gegenforderung gegen die Judikatsforderung des N. Conti zur Kom-

pensation verstellen. Das Obligationenrecht stelle den Grundsatz der Kompensationsfähigkeit aller, auch bestrittener, Forderungen auf; alle Prozeßnormen, welche die Kompensation gegenüber gerichtlich festgestellten Forderungen einschränken, stehen mit dem Bundesgesetze in Widerspruch. Derartige besondere Prozeßnormen bestehen übrigens im Kanton Zug nicht; auch der schweizerisch-französische Gerichtsstandsvertrag schließe die Einrede der Kompensation gegenüber von Judikatsforderungen sowenig aus als diejenige der Zahlung.

2. Die Deposition des handelsgerichtlichen Urtheils in der Gerichtsschreiberei in Paris, wie sie in casu stattgefunden habe, widerspreche den Normen unseres öffentlichen Rechts. Art 17 Nr. 2 des Gerichtsstandsvertrages sei verletzt.

3. Die französischen Gerichte seien nicht kompetent gewesen.

4. Es sei Art. 20 des Staatsvertrages verletzt worden.

5. Bestritten werde insbesondere die Zinspflicht von den durch das Handelsgericht gesprochenen Summen von 10,000 Fr. und 15,000 Fr., weil das Urtheil des Handelsgerichtes nichts von einer Zinspflicht sage.

6. Unter keinen Umständen sei es möglich, die Summe von 15,000 Fr. gutzuheißen. In dieser Bestimmung des handelsgerichtlichen Urtheils sei eine Exekutionsmaßregel enthalten, zu deren Anordnung das französische Gericht, selbst wenn es für den Prozeß kompetent gewesen wäre, jedenfalls nicht zuständig war.

7. Die erste Judikatsklage sei abgewiesen worden, nichtsdestoweniger habe das Obergericht dem Rekurrenten von neuem die Kosten dieses Verfahrens auferlegt, was unzuläßig sei.

D. Der Rekursbeklagte N. Conti trägt auf Abweisung des Rekurses und Verurtheilung des Rekurrenten zu einer angemessenen Entschädigung an den Rekursbeklagten an, indem er im wesentlichen auf seine Ausführungen vor dem kantonalen Gerichte verweist und im übrigen vorbringt:

Ad 1. Das ganze Verfahren des Rekurrenten qualifizire sich als eine Trölerei, wie sich aus einem Briefe seines Pariser Advokaten Defert vom 11. Mai 1887 ergebe, in welchem dieser schreibe: Je ferai trainer l'affaire autant que faire se pourra, mais la corde commence être usée, etc.

Ad 2, 3 und 4. Diese Einwendungen seien vom Bundesgerichte bereits in seinem frühern Urtheile gewürdigt und verworfen worden.

Ad 5. Die Bestreitung der Zinspflicht sei neu und daher verspätet; sie sei aber auch an Hand der französischen Gesetze materiell unbegründet.

Ad 6. Die 500 Fr. Schadenersatz per Tag während eines Monats seien nicht eine Exekutionsmaßregel. Das betreffende Urtheilsdispositiv bilde einen integrirenden Bestandtheil des handelsgerichtlichen Urtheils, dessen Richtigkeit das Bundesgericht nach Art. 17 des schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrages nicht nachprüfen dürfe.

Ad 7. Das Bundesgericht sei nicht kompetent, den Kostenspruch eines kantonalen Gerichtes aufzuheben, wenn das Urtheil im übrigen als richtig erfunden werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Fakt. C sub 2, 3 und 4 erwähnten Beschwerden des Rekurrenten sind bereits in den Motiven der bundesgerichlichen Entscheidung vom 25. Februar 1887 gewürdigt und als unbegründet zurückgewiesen worden. Es darf daher in Betreff derselben einfach auf die Ausführungen in der genannten Entscheidung vom 25. Februar 1887 verwiesen werden, um so mehr, als der Rekurrent in seiner Rekursschrift vom 28./29. August 1887, neue, nicht bereits früher von ihm geltend gemachte, Argumente in dieser Richtung nicht vorbringt.

2. Bezüglich der Beschwerde wegen Verletzung des eidgenössischen Obligationenrechtes durch Nichtberücksichtigung der vom Rekurrenten vorgeschützten Kompensationseinrede ist in erster Linie zu bemerken, daß, nach konstanter Praxis des Bundesgerichtes, ein staatsrechtlicher Rekurs wegen Verletzung privatrechtlicher Bestimmungen eidgenössischer Gesetze im Civilprozeß- oder Vollstreckungsverfahren nicht zuläßig ist. Uebrigens wäre die Beschwerde auch materiell unbegründet, schon deßhalb, weil das Obligationenrecht über die prozeßuale Behandlung der Kompensationseinrede nichts bestimmt, insbesondere nicht vorschreibt, daß dieselbe auch noch in der Exekutionsinstanz einer auf rechtkräftigem Urtheile beruhenden Forderung entgegengestellt werden

könne (vergl. Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Lederrey vom 14. Mai 1886, Amtliche Sammlung XII, S. 241.)

3. Was speziell die Vollstreckbarkeit der auf Dispositiv 1 des handelsgerichtlichen Urtheils vom 19. November 1884 gestützten Forderung von 15,000 Fr. anbelangt, so hat der Rekurrent nicht etwa eingewendet, daß die betreffende Bestimmung des Urtheils nicht eine definitive, sondern nur eine vorläufige, provisorische, unter Umständen immer noch einer Abänderung durch das urtheilende Gericht unterliegende sei; er bringt vielmehr blos vor, daß im fraglichen Dispositive eine Exekutionsmaßregel liege, zu deren Anordnung das französische Gericht nicht kompetent gewesen sei. Richtig ist nun, daß das französische Gericht nicht kompetent gewesen wäre, zu bestimmen, welche Maßregeln prozeßualer Zwangsvollstreckung (ob Pfändung, Konkursbegehren, 2c.) gegen Vermögen oder Person des Rekurrenten stattzufinden haben, sondern daß hiefür (in der Regel wenigstens) ausschließlich Recht und Gerichtstand des Ortes der Zwangsvollstreckung maßgebend und begründet sind. Allein um eine solche Maßregel prozeßualer Zwangsvollstreckung handelt es sich hier nicht. Mag immerhin das fragliche Urtheilsdispositiv mit den Zweck verfolgen, den Rekurrenten zur Vertragserfüllung gemäß dem Urtheile zu bewegen, so statuirt dasselbe doch inhaltlich nicht eine Vollstreckungsmaßnahme, sondern eine materiell-civilrechtliche Folge weiterer Säumniß des Rekurrenten in Erfüllung des Vertrages; es kann also auch diesem Theile des Urtheils die Vollziehung nicht verweigert werden.

4. Dagegen ist die Beschwerde insoweit begründet, als sie sich auf die Zinsforderung des Rekursbeklagten bezieht. Das handelsgerichtliche Urtheil vom 19. November 1884 spricht von einer Zinspflicht des Rekurrenten nicht. Im gegenwärtigen Verfahren aber, wo ausschließlich ein auf den schweizerisch-deutschen Gerichtsstandsvertrag gestütztes Exequaturgesuch in Frage steht, kann es sich nur um die Vollstreckung des Urtheils vom 19. November 1884 handeln. Forderungen des Rekursbeklagten, welche nicht auf ausdrücklicher Bestimmung dieses Urtheils beruhen, dürfen, mögen sie rechtlich an und für sich begründet

sein oder nicht, in diesem Verfahren nicht berücksichtigt werden; es muß vielmehr dem Rekursbeklagten, sofern er sich hiezu berechtigt glaubt, überlassen bleiben, dieselben in besonderm Verfahren geltend zu machen.

5. Was die Beschwerde betreffend die Verlegung der Kosten des frühern Verfahrens anbelangt, so ist in dieser Richtung weder der Staatsvertrag noch ein Bundesgesetz verletzt und das Bundesgericht kann daher die kantonale Entscheidung nicht abändern. Ein Widerspruch der letztern mit dem bundesgerichtlichen Urtheile vom 25. Februar 1887 liegt nicht vor. Durch das bundesgerichtliche Urtheil vom 25. Februar 1887 wurde allerdings das obergerichtliche Erkenntniß vom 14. Dezember 1886 vollinhaltlich aufgehoben. Allein eine eigene Verfügung über die vor den kantonalen Instanzen erwachsenen Parteikosten hat das bundesgerichtliche Urtheil nicht getroffen, vielmehr blieb es der kantonalen Instanz überlassen, hierüber von neuem zu verfügen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das angefochtene Erkenntniß des Obergerichtes des Kantons Zug vom 6. August 1887 wird insoweit aufgehoben, als es die Vollstreckung auch für die Zinsforderungen des Rekursbeklagten (Zins von 10,000 Fr. vom 19. September 1884 und von 15,000 Fr. vom 22. Januar 1885), bewilligt; im übrigen wird der Rekurs als unbegründet abgewiesen.

II. Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Deutschland. — Traité avec l'Allemagne.

52. Urtheil vom 16. Juli 1887 in Sachen von Waldenburg und Siecke.

A. Mit Note vom 10. Juni laufenden Jahres beantragte die kaiserlich deutsche Gesandtschaft in Bern beim schweizerischen Bundesrathe unter Berufung auf Art. 1, Ziffer 4 und 17 des

schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages die Auslieferung des Barons Friedrich August Roland Eduard von Waldenburg aus Berlin und der unverehelichten Dora Siecke aus Hannover wegen Veränderung des Personenstandes eines andern im Sinne des § 169 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches und der intellektuellen Urkundenfälschung gemäß Art. 271 und 272 des nämlichen Gesetzbuches, begangen in der Absicht, sich oder einem Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Andern Schaden zuzufügen. Das Auslieferungsbegehren stützt sich auf zwei gleichlautende Haftbefehle des königlich sächsischen Amtsgerichtes Dresden vom 24. Mai 1887, in welchen die Requirirten beschuldigt werden, im Jahre 1884 durch die falsche Vorspiegelung, das von der Siecke am 13. November 1884 zu Prag geborene Kind männlichen Geschlechts, welches auf die Namen Eduard Maria August getauft wurde, sei ein eheliches (gemeinschaftlich und in der gedachten Absicht) bewirkt zu haben, daß dieses Kind in dem Geburtsregister und dem Taufbuch der deutschen evangelischen Pfarrgemeinde augsburgischer Konfession in Prag als ein eheliches eingetragen wurde. Die Requirirten, welche bereits am 17. Mai 1887 in Luzern ermittelt und verhaftet worden waren, protestiren gegen ihre Auslieferung.

B. Nachdem Unterhandlungen über freiwillige Stellung der Beschuldigten schließlich zu einem Ergebnisse nicht geführt haben, übermittelt der schweizerische Bundesrath durch Schreiben vom 8./9. Juli laufenden Jahres die Akten dem Bundesgerichte zur Entscheidung.

C. Die Einsprache der Requirirten gegen die Auslieferung wird in verschiedenen Eingaben derselben und ihres Anwaltes, des Advokaten Dr. Weibel in Luzern, vom 18. Mai, 13., 14 und 21. Juni 1887 im wesentlichen folgendermaßen begründet:

1. Eduard von Waldenburg führt aus, er sei, nachdem er am 1. Juni 1887 seine Entlassung aus dem preußischen Unterthanenverbande erhalten habe, nicht mehr deutscher Reichsangehöriger; da das ihm imputirte Delikt in Prag begangen sei, so erscheine daher seine Auslieferung an Deutschland als ungerechtfertigt.

2. Derselbe gibt zu, daß er am 4. oder 5. Dezember 1884 in Prag das von ihm und der Dora Siecke erzeugte uneheliche Kind (ohne Wissen der Mutter) als eheliches habe taufen und in die Kirchenbücher eintragen lassen; es liege aber hierin das Vergehen der Veränderung des Personenstandes nicht, denn die Eltern seien im Taufbuche richtig angegeben, und nur unrichtig als Ehegatten bezeichnet. Das Taufbuch aber solle nur die Geburt und Taufe des Kindes, nicht den Eheabschluß, beziehungsweise die Ehelichkeit des Kindes, beweisen.

3. Wenn er die ihm zur Last gelegte Handlung in Deutschland begangen hätte, so wäre er nicht strafbar, denn im deutschen Reiche werde der Personenstand ausschließlich durch die Standesbeamten und nicht durch die Geistlichen beurkundet; die Geistlichen seien nicht befugt, standesamtliche Urkunden auszustellen. Von ihnen ausgestellte Zeugnisse über Vornahme von Eheeinsegnungen, Taufen ꝛc. seien keine Urkunden. Die gegen ihn in Deutschland eingeleitete Strafverfolgung sei daher unzuläßig. Dieselbe werde auf Art. 4 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches begründet; danach können aber Deutsche wegen im Auslande begangener Handlungen nur dann verfolgt werden, wenn diese Handlungen nach den Gesetzen des deutschen Reiches als Verbrechen oder Vergehen anzusehen seien. Wenn eingewendet werden wollte, daß der evangelische Pastor in Prag zugleich deutscher Standesbeamter sei, so sei darauf zu erwidern, daß alsdann die Schuld auf den Pastor und nicht auf ihn falle, denn er habe von dem Pastor nur die religiöse Ceremonie der Taufe, nicht eine standesamtliche Verhandlung verlangt, also keine nach deutschem Rechte strafbare Handlung begangen.

4. Eine Verfolgung Deutscher in Deutschland wegen im Auslande begangenen Handlungen sei zudem nach Art. 4 des Reichsstrafgesetzes nur dann statthaft, wenn die Handlung durch die Gesetze des Thatortes mit Strafe bedroht sei. Dies treffe aber hier nicht zu, denn nach dem österreichischen Strafgesetzbuche enthalte seine Handlung kein Verbrechen oder Vergehen.

5. Die Auslieferung werde einerseits wegen „Veränderung

des Personenstandes eines Andern", andrerseits wegen sogenannter intellektueller Urkundenfälschung verlangt. Die Veränderung des Personenstandes aber sei nach Art. 1, Ziffer 4 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages kein Auslieferungsverbrechen. Auslieferungsverbrechen seien nach dieser Vertragsbestimmung vielmehr nur „Raub, Unterdrückung, Unterschiebung oder Verwechselung eines Kindes." Dieser Vergehen habe er sich aber nicht schuldig gemacht und werde deswegen auch nicht verfolgt.

6. Die Urkundenfälschung sodann sei allerdings nach Art. 1, Ziffer 17 ein Auslieferungsdelikt, allein nur vorausgesetzt, „daß die Absicht zu betrügen oder zu schaden obgewaltet hat." Nun sei den Requirirten letzteres allerdings in den Haftbefehlen imputirt worden; allein aus einer auf Beschwerde der Verfolgten ergangenen Entscheidung des königlichen Landgerichtes Dresden vom 6. Juni 1887 ergebe sich, daß dieses Gericht die fragliche, übrigens auch thatsächlich offenbar nicht begründete, Anklage nicht aufrecht halte. Es könne daher schon aus diesem Grunde auch wegen Urkundenfälschung eine Auslieferung nicht bewilligt werden.

7. Dazu komme aber noch: Das luzernische Recht kenne den Begriff der sogenannten intellektuellen Urkundenfälschung im Sinne der §§ 271 und 272 des deutschen Reichsstrafgesetzes nicht. Der eingeklagte Thatbestand könne nach luzernischem Rechte nur als widerrechtliche Veränderung des Civilstandes, was, wie bemerkt, kein Auslieferungsdelikt sei, oder dann als das Vergehen der falschen Angabe bei amtlicher Einvernahme im Sinne des § 73 des luzernischen Polizeistrafgesetzbuches qualifizirt werden. Wegen letzteren Vergehens sei aber die Strafverfolgung nach § 33 des Polizeistrafgesetzbuches verjährt, weil nicht binnen zwei Jahren, vom Tage der Begehung an, geklagt oder strafrichterliche Untersuchung angehoben worden sei. Hiefür werde auf eine Bescheinigung der luzernischen Staatsanwaltschaft vom 10. Juni 1887 verwiesen. Die Auslieferung sei daher nach § 5 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages unzuläßig.

8. Dora Siecke speziell macht noch geltend, daß ihr, da sie

zur Zeit der That in hochgradigem Fieber sich befunden habe, die ganze Verhandlung überhaupt unbekannt geblieben sei.

D. Die kaiserlich-deutsche Gesandtschaft in Bern führt in einer an den schweizerischen Bundespräsidenten gerichteten Note vom 4. Juli 1887 aus: Die von den Beschuldigten gegen die Auslieferung erhobenen Einwendungen können nicht als stichhaltig erachtet werden. Die gegen die Statthaftigkeit einer Strafverfolgung seitens der sächsischen Strafbehörden erhobenen Einwendungen berühren die Auslieferungsfrage nicht. Nach Art. 1 und 7 des Auslieferungsvertrages genüge die Thatsache, daß gegen die Beschuldigten vor deutschen Behörden das Strafverfahren eingeleitet und dies durch Beibringung eines Haftbefehles nachgewiesen sei. Uebrigens finden diese Einwendungen ihre materielle Widerlegung in einer auf erneute Beschwerde der Beschuldigten ergangenen Entscheidung des königlich sächsischen Oberlandsgerichtes vom 23. Juni laufenden Jahres, welche zu Ergänzung der Beweisstüke beigelegt werde. Die nachträglich erwirkte Entlassung des von Waldenburg aus dem preußischen Unterthanenverbande stehe weder dem gegen denselben in Dresden eingeleiteten Strafverfahren, noch der Auslieferung entgegen. Nach Art. 2 des Auslieferungsvertrages wäre eine Auslieferung erst dann ausgeschlossen, wenn von Waldenburg bereits die Eigenschaft eines Schweizers erworben hätte. Darüber, ob wegen vorsätzlicher Personenstandsveränderung die Auslieferungspflicht begründet sei, könne man vielleicht verschiedener Meinung sein. Zweifellos dagegen bilde die in der Absicht zu betrügen oder zu schaden begangene Urkundenfälschung einen Auslieferungsfall. Nach deutschem Rechte sei die dem Verfolgten zur Last gelegte That zweifellos als eine Urkundenfälschung dieser Art zu betrachten. Es sei, wie sich aus der Entscheidung des Oberlandsgerichtes vom 23. Juni ergebe, völlig unrichtig, wenn die Requirirten behaupten, daß das Qualifikationsmoment des Art. 272 des deutschen Reichsstrafgesetzes (Absicht sich oder einem Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Andern Schaden zuzufügen) fallen gelassen worden sei. Das Oberlandsgericht stelle vielmehr fest, daß auch insoweit hinreichender Verdacht vorliege. Ob die That auch nach luzerni-

schem Strafrechte unter den Begriff der Urkundenfälschung falle, sei gleichgültig. Auch wenn dies zu verneinen wäre, so könnte doch daraus ein Einwand gegen den Auslieferungsantrag nicht hergeleitet werden. Als ausschlaggebend sei die Begriffsbestimmung des deutschen Rechts zu betrachten, weil die Verletzung des deutschen Strafgesetzes den Gegenstand des Strafverfahrens bilde und der Auslieferungsvertrag bei Ziffer 17 des Art. 1 nicht, wie dies an andern Stellen des Vertrages der Fall sei, die Einschränkung enthalte, daß die Strafthat nach dem Rechte beider vertragschließender Staaten den Thatbestand des bezeichneten Delikts erfüllen müsse.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat nur zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Auslieferungspflicht nach den Bestimmungen des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages gegeben seien; dagegen hat es nicht zu prüfen, ob sachlich ein Strafanspruch des deutschen Staates gegen die Requirirten begründet sei; dies steht vielmehr ausschließlich dem in der Sache selbst urtheilenden Strafgerichte zu. Das Bundesgericht hat demnach zwar zu untersuchen, ob das Auslieferungsbegehren sich auf ein im Auslieferungsvertrage vorgesehenes Delikt beziehe und ob dem Begehren nicht ein sonstiges Auslieferungshinderniß, wie dasjenige der Verjährung entgegenstehe u. s. w.; dagegen hat es nicht zu prüfen, ob die sämmtlichen Merkmale des subjektiven und objektiven Thatbestandes der den Requirirten zur Last gelegten Verbrechen wirklich gegeben und ob die Verfolgten schuldig oder hinlänglich verdächtig seien oder nicht.

2. Von diesem Standpunkte aus erscheinen einzig diejenigen Einwendungen als erheblich, welche sich darauf stützen, daß die Delikte, auf welche sich das Auslieferungsbegehren beziehe, im schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrage nicht vorgesehen seien und daß nach den Vorschriften des luzernischen Strafrechts die Strafverfolgung verjährt sei. Wenn speziell der Requirirte von Waldenburg sich darauf beruft, daß er in Folge seiner Entlassung aus dem preußischen Unterthanenverbande nicht mehr deutscher Angehöriger sei, so ist dies unerheblich. Abgesehen davon, daß die Entlassung des von Waldenburg aus

dem preußischen Unterthanenverbande kaum schon zu einer definitiven geworden ist, so verpflichtet der Auslieferungsvertrag nicht nur zu Auslieferung von Angehörigen des andern Vertragsstaates, sondern schließt nur die Auslieferung eigener Angehöriger des requirirten Staates aus; es ist ferner die Auslieferungspflicht nicht auf den Fall beschränkt, wo die Strafthat im Gebiete des requirirenden Staates begangen wurde, sondern sie erstreckt sich (die im Vertrage selbst enthaltenen Ausnahmen vorbehalten) auf alle Personen, die sich im Gebiete des requirirten Staates aufhalten und gegen welche im ersuchenden Staate Strafuntersuchung wegen eines Auslieferungsverbrechens angehoben worden ist.

3. Ist demnach zu untersuchen, ob das Auslieferungsbegehren sich auf Auslieferungsdelikte beziehe, so ist zuzugeben, daß die „Veränderung des Personenstandes eines Andern", wie sie den Requirirten zur Last gelegt wird, sich nicht als Auslieferungsdelikt qualifizirt. Es könnte sich offenbar nur fragen, ob dieselbe nicht unter die Begriffe der „Unterdrückung, Verwechselung oder Unterschiebung" eines Kindes falle, wegen welcher Verbrechen die Auslieferung nach Art. 1, Ziffer 4 des Vertrages, stattfindet. Allein dies ist richtiger zu verneinen. Von „Verwechselung" oder „Unterschiebung" kann gewiß keine Rede sein und auch eine „Unterdrückung" eines Kindes im Sinne des Vertrages liegt dann nicht vor, wenn blos, wie hier, einem unehelichen Kinde fälschlich der Stand eines ehelichen Kindes seiner wirklichen Eltern beigelegt wird. Unter „Unterdrückung" eines Kindes scheint der Auslieferungsvertrag vielmehr nur solche Fälle zu verstehen, wo der Personenstand eines Kindes überhaupt gänzlich unterdrückt, dasselbe z. B. unter gänzlicher Unterdrückung seiner Herkunft einem Findelhause übergeben oder sonst bei Seite geschafft wird.

4. Dagegen ist das Auslieferungsbegehren wegen sogenannter intellektueller Urkundenfälschung begründet. Es kann vorerst nach dem Entscheide des königlich sächsischen Oberlandsgerichtes keinem Zweifel unterliegen, daß die Strafverfolgung sich auf eine in der Absicht zu betrügen oder zu schaden begangene Strafthat bezieht, somit dasjenige Qualifikationsmoment be-

hauptet, welches die Urkundenfälschung nach Art. 1, Ziffer 17 des Auslieferungsvertrages zum Auslieferungsverbrechen stempelt. Ebenso kann nicht zweifelhaft sein, daß die den Requirirten zur Last gelegte That — die wissentliche Bewirkung eines falschen Eintrages über den Personenstand eines Dritten in ein öffentliches Standesregister — sich nach deutschem Strafrechte als intellektuelle Urkundenfälschung qualifizirt. Das Auslieferungsbegehren bezieht sich somit auf ein in Art. 1, Ziffer 17 des Vertrages vorgesehenes Delikt. Wenn hiegegen eingewendet wird, daß das luzernische Strafrecht den Begriff der intellektuellen Urkundenfälschung nicht kenne, und daß nach demselben die Strafverfolgung verjährt sei, so ist dieser Einwand in seinem ersten Theile unerheblich, in seinem zweiten Theile aber unrichtig. Es ist richtig, daß dem luzernischen Strafrecht der allgemeine Verbrechensbegriff der intellektuellen Urkundenfälschung unbekannt ist. Allein dies schließt die Auslieferungspflicht nicht aus, denn einmal ist, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Hartung (Amtliche Sammlung IV, S. 124 ff.) ausgeführt und begründet hat, die Auslieferungspflicht wegen Urkundenfälschung nach dem schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrage eine unbedingte, und nicht davon abhängig, daß die That auch im requirirten Staate mit Strafe bedroht sei, und sodann kann hier gar keine Rede davon sein, daß etwa die den Requirirten zur Last gelegte That nach luzernischem Rechte überhaupt straflos sei; vielmehr ist derjenige Fall intellektueller Urkundenfälschung, welcher hier in Frage liegt, auch nach luzernischem Rechte, und zwar nicht blos als das Polizeivergehen der falschen Angabe bei amtlicher Einvernahme, nach § 73 des Polizeistrafgesetzbuches, sondern als Verbrechen (der widerrechtlichen Veränderung des Civilstandes) nach § 236 des Kriminalstrafgesetzbuches, strafbar, wie dies denn auch die luzernische Staatsanwaltschaft in ihrer von den Requirirten eingeholten Bescheinigung andeutet. Die falsche Angabe bei amtlicher Einvernahme wird aber, gemäß dem in Art. 73 leg. cit. enthaltenen Vorbehalte dann, wenn sie zum Zwecke widerrechtlicher Veränderung des Civilstandes geschieht, resp. eine intellektuelle Urkundenfälschung mit Bezug auf ein

Standesregister enthält, nicht nur als Polizeivergehen, sondern als Verbrechen behandelt. Demnach ist aber die Verjährung der Strafverfolgung nach luzernischem Rechte keineswegs eingetreten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Auslieferung des Friedrich August Roland Eduard von Waldenburg, aus Berlin, und der Dora Siecke aus Hannover, an das königlich sächsische Amtsgericht in Dresden, wird wegen intellektueller Urkundenfälschung im Sinne der §§ 271 und 272 des deutschen Reichsstrafgesetzes, gemäß Art. 1, Ziffer 17 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages bewilligt.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

53. Urtheil vom 8. Juli 1887 in Sachen Dietschy und Genossen gegen Geigy.

A. Durch Urtheil vom 21. April 1887 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Beklagte und Appellanten tragen ordentliche und außerordentliche Kosten zweiter Instanz mit einer Urtheilsgebühr von 300 Fr. Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes Basel vom 4. März 1887 ging dahin: Beklagte sind in solidarischer Verbindung zur Zahlung von 77,013 Fr. 55 Cts. und Zins à 6 % seit 31. März 1886 an Kläger verfällt und tragen die ordinären und extraordinären Prozeßkosten, mit Inbegriff einer Urtheilsgebühr von 200 Fr.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil ergriffen die Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Vertreter: Es sei, in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils, die Klage abzuweisen, unter Kostenfolge.

Dagegen trägt der Anwalt des Klägers auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch notarialischen Akt vom 22. Februar 1882 hatte sich W. Burkhardt gegenüber dem Kläger für eine Schuld des Th. Bénard in Paris, im Betrage von 200,000 Fr., sammt Zins und Folgen, verbürgt; er hatte dabei die weitere Ver-

pflichtung übernommen, für den Fall, daß er während der Dauer des Schuldverhältnisses seine Mutter, Frau M. Laroche-Preiswerk, beerben sollte, von seinem Erbtheile den Betrag von 200,000 Fr. in guten Titeln, nach Wahl des Gläubigers, demselben als weitere Sicherheit zu hinterlegen. Durch Akt vom 6. Februar 1883 gingen sodann die Beklagten folgende Verpflichtungen ein:

„Mit Rücksicht darauf

„1. Daß Herr Wilhelm Burkhardt, durch Akt vom 22. Feb„ruar 1882, für ein Darlehen des Herrn J. R. Geigy, an „Herrn Th. Bénard in Paris, sich als Bürgen dargegeben und „zur Sicherung seiner Bürgschaft, dem Herrn Kreditor unter „Anderm auch seinen Erbtheil angewiesen hat;

„2. daß in Folge unterlassener Rückzahlung des obigen, auf „den 30. Dezember 1882 gekündeten Darlehens seitens Herrn „Bénard die Bürgschaftsverpflichtung des Herrn W. Burkhardt „fällig geworden ist, verspricht, damit die von Herrn W. Burk„hardt, seinem Kreditor zugesagte Garantie intakt bleibe, die „Familie des erstern, nämlich seine Mutter, Frau Laroche„Preiswerk, und seine Geschwister, resp. deren Ehemänner, Herr „Johann Jakob Dietschy-Burkhardt, Herr Emanuel Streichen„berg-Burkhardt, Herr Emil Burkhardt-Köchlin, Herr Dr. J. „J. Burkhardt-Burkhardt, Herr J. J. Schuster-Burkhardt, „Eduard de Martin-Burkhardt-Burkhardt, Rud. Preiswerk„Burkhardt, dem Herrn Wilhelm Burkhardt, so lange nicht „dessen Verbindlichkeit gegenüber Herrn J. R. Geigy vollstän„dig reglirt ist, keine Darlehen oder Vorschüsse irgend welcher „Art zu gewähren, noch irgend welche Schenkungen zu machen, „noch für seine Rechnung an Dritte irgend welche Summen „zu bezahlen, oder zu verabfolgen, noch Bürgschaften oder an„dere Verpflichtungen, welcher Art sie auch sein mögen, für ihn „einzugehen. Dabei wird indessen bemerkt, daß Herr Wilhelm „Burkhardt bereits auf Rechnung seines künftigen Erbtheils „eine Summe von 60,000 Fr. erhalten hat.

„Das in dem gegenwärtigen Akt gegebene Versprechen der „Familie bleibt auch für den Fall, daß die von Herrn Wil„helm Burkhardt für seine Verbindlichkeit dermalen ausgestellten

„Wechsel erneut werden sollten, sowie überhaupt so lange in „Kraft, bis die Verbindlichkeit selbst vollständig reglirt sein „wird. Sobald dies der Fall ist, wird Herr J. R. Geigy „dem Herrn J. J. Schuster, zu Handen der Familie, Anzeige „machen."

Trotz dieser Verpflichtung bezahlte die Mutter des W. Burkhardt, Frau Laroche-Preiswerk, vom Herbst 1883 bis Frühjahr 1884 an Gläubiger desselben, und auf Rechnung seines mütterlichen Erbtheils, einen Betrag von im Ganzen 114,980 Fr. 60 Cts. aus. Durch diese Zahlungen wurde zufolge Verständigung mit den betreffenden Gläubigern eine Schuldenlast im Belaufe von 344,784 Fr. 45 Cts. getilgt. Am 2. Juli 1884 wurde W. Burkhardt, wegen Verschwendung, entmündigt, wobei sich herausstellte, daß er noch weitere, bedeutende Schulden kontrahirt hatte. Am 13. April 1885 starb Frau Laroche-Preiswerk und es fiel somit dem W. Burkhardt sein mütterliches Erbe an; dasselbe belief sich, nach Abrechnung der Vorempfänge von 60,000 Fr. und 114,980 Fr. 60 Cts., sammt Zins, noch auf cirka 247,000 Fr. Der gegenwärtige Kläger verlangte nunmehr, gestützt auf den Akt vom 22. Februar 1882, von dem durch seinen Kurator J. Dietschy-Burkhardt vertretenen W. Burkhardt, derselbe habe ihm zur Sicherung seiner Forderung von restlich 151,655 Fr. 55 Cts., nebst Zins à 6 % seit dem 30. April 1885, und aller Kosten von dem angefallenen mütterlichen Erbtheil, den Betrag von 200,000 Fr. in guten Werthtiteln zu übergeben, und ihm daran ein erstes Faustpfandrecht in der gesetzlichen Form zu bestellen. Sein sachbezügliches Begehren wurde ihm durch ein am 5. November 1885 appellationsgerichtlich bestätigtes Urtheil des Civilgerichtes von Baselstadt zugesprochen, und eine hiegegen an das Bundesgericht gerichtete Beschwerde durch Urtheil vom 30. Januar 1886 wegen Inkompetenz des Gerichtes verworfen (s. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XII, S. 190 u. ff., wo der Thatbestand ersichtlich ist). Als der Kläger die Vollstreckung dieses Urtheils betrieb, übergab ihm der Vormund des W. Burkhardt die sämmtlichen, noch vorhandenen Werthschriften seines Kuranden, und der Kläger übernahm dieselben,

auf Grund getroffener Vereinbarung, auf Rechnung seines Guthabens zu Eigenthum. Der Werth dieser Titel betrug, da nach dem Tode der Frau Laroche-Preiswerk aus dem Erbtheile des W. Burkhardt, zu Abfindung anderer Gläubiger desselben (mit durchschnittlich 45.5 % ihrer Forderungen) weitere 164,873 Fr. 98 Cts. verausgabt worden waren, nur noch 83,376 Fr. 90 Cts.; Kläger gerieth daher mit einer Summe von 77,013 Fr. zu Verlust, deren Ersatz er nunmehr von den Beklagten verlangt, weil diese, sowie ihre Erblasserin, Frau Laroche Preiswerk, ihren, durch den Akt vom 6. Februar 1883 übernommenen Verpflichtungen zuwidergehandelt haben.

2. Die Beklagten haben nicht bestritten, daß sie in Verbindung mit ihrer Erblasserin, Frau Laroche-Preiswerk, durch den Akt vom 22. Februar 1882, eine rechtlich bindende Verpflichtung übernommen haben; es ist daher ohne Weiteres klar, daß sie dem Kläger für allen Schaden haften, der ihm durch Nichterfüllung dieser Verpflichtung entstanden sein sollte.

3. Der Inhalt der von den Beklagten übernommenen Verpflichtung ist nun unzweifelhaft der, keine Zahlungen oder Leistungen irgend welcher Art an W. Burkhardt oder an Dritte auf seine Rechnung zu machen oder zu gestatten, durch welche der dem W. Burkhardt in der Theilung über die Verlassenschaft seiner Mutter dereinst zufallende Erbtheil geschmälert werden könnte; mit andern Worten, die von den Beklagten eingegangene Verpflichtung ging dahin, keinerlei Leistungen an oder für W. Burkhardt zu machen, welche von demselben in der Theilung über die mütterliche Verlassenschaft konferirt werden müßten, beziehungsweise ihm als Vorempfänge anzurechnen wären. Der Zweck dieser Stipulation war der, die Erfüllung des von W. Burkhardt durch den Akt vom 22. Februar 1882 dem Kläger gegebenen Pfandbestellungsversprechens zu sichern, oder, genauer ausgedrückt, zu verhindern, daß durch Leistungen auf Rechnung künftigen Erbes, der dem W. Burkhardt dereinst zufallende mütterliche Erbtheil geschmälert, und damit die Erfüllung des von ihm gegebenen Pfandbestellungsversprechens gefährdet werde. Dagegen wurde weder durch das Pfandbestellungsversprechen, noch durch den Akt vom 6. Februar 1883,

ein Anspruch des Klägers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem mütterlichen Erbtheile des W. Burkhardt begründet, und die Beklagten versprachen nicht, dafür haften zu wollen, daß W. Burkhardt, nach Anfall seines Erbtheiles, sein Pfandbestellungsversprechen erfülle.

4. Demnach kann sich nur fragen, ob die Beklagten deshalb verantwortlich seien, weil ihre Erblasserin, Frau Laroche-Preiswerk, vom Herbste 1883 bis Frühjahr 1884, (übrigens mit Wissen und Willen der Beklagten) auf Rechnung des künftigen Erbtheils des W. Burkhardt, an Gläubiger desselben, Zahlungen bis zum Belaufe von 114,980 Fr. 60 Cts. geleistet hat. Unzweifelhaft ist zunächst, daß diese Zahlungen vertragswidrig waren; es kann in der That nicht bestritten werden, daß dadurch dem mit dem Kläger am 6. Februar 1883 abgeschlossenen Vertrage, welcher ausdrücklich jede Leistung auf Rechnung des künftigen Erbtheils des W. Burkhardt untersagte, zuwidergehandelt wurde. Wenn die Beklagten nichtsdestoweniger ihre Schadenersatzpflicht bestreiten, so stützen sie sich darauf, daß zwischen dem angegebenen vertragswidrigen Handeln und dem vom Kläger erlittenen Verlust, ein Kausalzusammenhang nicht bestehe. Einerseits hätte auch nach den fraglichen Zahlungen, der Erbtheil des W. Burkhardt zu Befriedigung des Klägers ausgereicht, anderseits seien durch diese Zahlungen Schulden des W. Burkhardt in weit höherm Betrage getilgt worden. Wäre dies nicht geschehen, so hätten die betreffenden Gläubiger mit dem vollen Betrage ihrer Forderungen in dem alsdann unvermeidlichen Konkurse des W. Burkhardt konkurrirt und Kläger hätte in Folge dessen jedenfalls einen zum Mindesten ebenso großen Verlust erlitten, als dies nunmehr geschehen sei. Diese Einwendung kann, in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen, nicht als begründet anerkannt werden. Es steht fest, daß durch das vertragswidrige Handeln der Beklagten, beziehungsweise ihrer Erblasserin, der dem W. Burkhardt aus der Verlassenschaft seiner Mutter zufließende Erbtheil um einen Betrag geschmälert wurde, bei dessen Vorhandensein das Vermögen des W. Burkhardt zu vollständiger Befriedigung des Klägers ausgereicht hätte, auch wenn die nach dem Erbanfalle gelei-

steten Zahlungen an andere Gläubiger in gleicher Weise gemacht wurden, wie dies wirklich geschah. Wenn bei dieser Sachlage die Beklagten sich darauf berufen wollen, daß dennoch ihr, resp. ihrer Erblasserin vertragswidriges Handeln, den Kläger nicht geschädigt habe, so trifft sie die Beweislast dafür, daß der dem Kläger erwachsene Schaden auch ohne den von ihnen begangenen Vertragsbruch eingetreten wäre. Ein solcher Beweis ist aber nicht erbracht. Es ist allerdings möglich, daß, wenn die vertragswidrigen Zahlungen vom Herbst 1883 bis Frühling 1884 unterblieben wären, die durch diese Zahlungen abgefundenen Gläubiger des W. Burkhardt, nach dem Anfalle der mütterlichen Erbschaft an denselben, durch Geltendmachung ihrer Forderungen zum vollen Betrage, eine gänzliche Befriedigung des Klägers verhindert hätten. Allein sicher ist dies keineswegs, vielmehr ist ebensowohl möglich, daß es dem Kläger, trotz des Bestehens fraglicher Forderungen, gelungen wäre, volle Befriedigung, resp. Sicherstellung aus dem Vermögen des W. Burkhardt rechtzeitig zu erlangen. Ebenso ist unerheblich, daß, auch nach den vertragswidrigen Zahlungen, der Erbtheil des W. Burkhardt zu Befriedigung des Klägers noch ausgereicht hätte, sofern nicht aus demselben, nach dem Tode der Erblasserin, noch weitere Zahlungen an andere Gläubiger geleistet worden wären. Dieser Umstand wäre nur dann von Bedeutung, wenn den Kläger ein Verschulden daran träfe, daß er nicht volle Befriedigung erlangte. Dies ist aber gewiß nicht der Fall. Der von den Beklagten gegen die vorinstanzlichen Entscheidungen erhobene Vorwurf, daß dieselben auf einer rechtsirrthümlichen Auffassung des Begriffes des Kausalzusammenhanges im Rechtssinne beruhen, ist unbegründet. Zum Vorhandensein des Kausalzusammenhanges im Rechtssinne ist der Bestand eines wirklichen, ursächlichen Zusammenhanges zwischen Rechtsverletzung und Schaden wie erforderlich so auch genügend. Ein solcher Zusammenhang liegt hier vor, da dargethan ist, daß durch rechtswidriges Handeln der Beklagten dem Zugriffe des Klägers Vermögensobjekte entzogen wurden, welche zu seiner Befriedigung ausgereicht hätten. Darzuthun, daß der Schaden nicht auch ohne die Rechtsverletzung aus andern, von dieser

unabhängigen, Ursachen hätte eintreten können, und eingetreten wäre, ist zum Nachweise des Kausalzusammenhanges nicht erforderlich, vielmehr haben die Beklagten, welche sich darauf berufen wollen, daß dies der Fall sei, ihrerseits hiefür den Beweis zu erbringen. Sache der Beklagten wäre es also in concreto gewesen, darzuthun, daß die vertragswidrig ausbezahlten Beträge auch ohne die vertragswidrige Auszahlung dem Zugriffe des Klägers entzogen worden wären. Ein solcher Beweis ist aber, wie bemerkt, nicht erbracht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 21. April 1887 sein Bewenden.

---

54. Urtheil vom 25. Juli 1887 in Sachen Masse Stürzinger gegen Hauser.

A. Durch Urtheil vom 27. Mai 1887 hat das Bezirksgericht Frauenfeld über die Rechtsfragen:

1. Ist die Eigenthumsansprache des Klägers auf 10 Wagenladungen Waizen, Lager-Nummern 1885, 1923, 1924, 1925, 1926, 1948, 1950, 1966, 2116 und 2117, gelagert in Romanshorn, — oder der Anspruch auf Rückzahlung von 24,000 Fr. nebst Zins à 6 % seit Verfall — gegenüber der Beklagtschaft rechtlich begründet?

2. Ist die Entschädigungsforderung des Klägers an die Beklagtschaft im Betrage von 5000 Fr. rechtlich begründet und die Beklagtschaft für den dem Kläger durch Geltendmachung dinglicher Rechte seitens der Lagerhausverwaltung Romanshorn erwachsenden Schaden entschädigungspflichtig zu erklären?

3. Ist das von der Intervenientin geltend gemachte Retentionsrecht auf betreffende 10 Wagenladungen Waizen für ihre

Forderung an den Konkursiten Stürzinger rechtlich begründet? zu Recht erkannt:

1. Sei die erste Frage bejahend entschieden.

2. Sei die Entschädigungsforderung des Klägers, im Betrage von 5000 Fr. abgewiesen, dagegen die Beklagtschaft für unbelastete Herausgabe der dem Kläger zugesprochenen 10 Wagenladungen Waizen, franko Station Romanshorn, haftbar erklärt.

3. Sei die dritte Rechtsfrage bejahend entschieden.

4. Bezahle der Kläger:

a. Gerichtsgebühr	15	Fr.	—	Cts.
b. Präsidialia	2	„	70	„
c. Weibelgebühr	4	„	10	„
Zusammen	21	Fr.	80	Cts.

und habe er bei der Beklagtschaft an seine Kosten 40 Fr. wieder zu erheben, dagegen die Intervenientin mit 7 Fr. 50 Cts. zu entschädigen.

B. Dieses Urtheil wurde von der Beklagten, im Einverständnisse mit der Gegenpartei, unter Umgehung der zweiten Instanz, direkt an das Bundesgericht gezogen. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt der Beklagten: Es sei in Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils die klägerische Vindikation abzuweisen, eventuell es sei dieselbe nur in dem Sinne gutzuheißen, daß der Kläger die auf die betreffenden Wagen entfallenden Lagerspesen, mit 1500 Fr. per Wagen, zu übernehmen habe, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Für den Fall, daß das Gericht dies als nothwendig erachten sollte, beantrage er Beiziehung der beim Obergerichte in Frauenfeld liegenden Akten in einer analogen Sache der Masse Stürzinger gegen Luchsinger.

Der Anwalt des Klägers trägt auf Verwerfung der gegnerischen Anträge und vollinhaltliche Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Laut Fakturen vom 20. Januar 1887 kaufte der Kläger von J. Stürzinger, als Inhaber der Firma J. Stürzinger und Sohn, in Frauenfeld, die in der Rechtsfrage näher bezeichneten

zehn Wagenladungen Waizen, welche sich auf dem Lager des Stürzinger, im Lagerhause der Nordostbahn zu Romanshorn befanden. In den Fakturen ist bemerkt, daß die Waare „lagerfrei" in Romanshorn zur Verfügung gestellt werde. Gleichzeitig mit den Fakturen händigte Stürzinger dem Kläger für die verkaufte Waare zehn Bezugsscheine aus, welche auf den von der Lagerhausverwaltung hiefür ausgegebenen Formularen ausgestellt sind, die Unterschrift J. Stürzinger und Sohn tragen und folgendermaßen lauten: „Die Lagerhausverwaltung der Schweizerischen Nordostbahn in Romanshorn wird hiermit ersucht, von unserm Lager Nr..... in Originalsäcken abgewogen, franko an Herrn W. Hauser in Töß, nach Station Töß, zu versenden." Der Kläger, welcher den Kaufpreis durch Einlösung von drei Akzepten über je 8000 Fr. bereits bezahlt hatte, übergab am 10. April 1887 die Bezugsscheine der Lagerhausverwaltung in Romanshorn, welche dieselben entgegennahm und auch mit dem Verladen der Waare beginnen ließ, immerhin indeß am 11. April dem Stürzinger schrieb, daß er zur Ausführung seiner Dispositionen cirka 16,000 Fr. zu beschaffen habe, zu Deckung seines Konto bei der Lagerhausverwaltung. Am 11. April brach nun aber über J. Stürzinger und Sohn der Konkurs aus; in Folge dessen wurden die bereits geladenen Wagen, — vier an der Zahl, — wieder geleert, und die Waare znr Masse gezogen. Gegenüber der Vindikationsklage des Käufers bestreitet die Konkursmasse Stürzinger, daß das Eigenthum an der verkauften Waare auf den Käufer übergegangen sei.

2. Wenn der Kläger in erster Linie behauptet, daß er Eigenthum an der streitigen Waare durch Aushändigung der Bezugsscheine Seitens des Veräußerers gemäß Art. 209 des Obligationenrechts erworben habe, so kann diese Auffassung nicht gebilligt werden. Dieselbe ist bereits von der ersten Instanz mit zutreffenden Gründen widerlegt worden und es mag daher hier nur bemerkt werden: Die Bezugsscheine sind keine die Waare im Sinne des Art. 209 cit. vertretenden Traditions- oder Dispositionspapiere, wie Lager- oder Ladescheine und dergleichen. Lager- oder Ladeschein sind Papiere, welche ein Versprechen des Frachtführers oder Verwahrers einer Waare enthalten, die-

selbe an den legitimirten Inhaber des Papiers auszuliefern, und die eben deshalb im Verkehr als Repräsentanten der Waare fungiren. Die hier in Frage stehenden Bezugsscheine enthalten ein solches Versprechen nicht, sondern lediglich eine Weisung (einen Auftrag) des Veräußerers an die Lagerhausverwaltung, die Waare dem Erwerber zu liefern; sie können also in Bezug auf ihre rechtliche Natur und Wirkung den Lager- und Ladescheinen keineswegs gleichgestellt werden.

3. Ist somit der Käufer nicht schon durch die Uebergabe der Bezugsscheine Seitens des Veräußerers Eigenthümer der Waare geworden, so kann sich nur fragen, ob er nicht gemäß Art. 201 des Obligationenrechts Besitz und Eigenthum dadurch erworben habe, daß die Bezugsscheine von ihm (zweifellos mit dem Willen und der Ermächtigung des Veräußerers) dem Verwahrer der Waare, der Lagerhausverwaltung in Romanshorn, übergeben, und von diesem entgegengenommen wurden. Es muß sich fragen, ob nicht hierin der Auftrag des Veräußerers an den dritten Verwahrer der Sache, dieselbe fortan für den neuen Erwerber in Gewahrsam zu halten, liege. Die Vorinstanz bejaht dies, und es kann hierin ein Rechtsirrthum nicht erblickt werden. Es ist zwar richtig, daß ein ausdrücklicher Auftrag des Veräußerers, fortan für den Erwerber den Gewahrsam auszuüben, nicht vorliegt, sondern daß, der Wortfassung nach, der Auftrag des Veräußerers dahin ausgelegt werden kann, es solle die Lagerhausverwaltung im Namen des Veräußerers die Versendung vornehmen; allein das Gesetz fordert nicht eine ausdrückliche Erklärung, es kann vielmehr der entsprechende Wille auch stillschweigend erklärt und darf demgemäß aus konkludenten Thatsachen erschlossen werden. Wenn nun die Vorinstanz aus den Thatumständen des Falles, insbesondere aus dem Umstande, daß laut Fakturen zur Disposition ab Romanshorn verkauft war, daß der Erwerber sich persönlich mit den Bezugsscheinen nach Romanshorn begab und dieselben der Lagerhausverwaltung übergab, daß diese dieselben entgegennahm und mit der Verladung der Waare begann, den Schluß zieht, daß der Wille der Parteien dahin gegangen sei, es solle, von der Uebergabe der Bezugsscheine an, die Lagerhausverwaltung die Waare im

Namen des Erwerbers im Gewahrsam halten, so kann hierin, wie gesagt, ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß nicht gefunden werden. Der Umstand, daß die Lagerhausverwaltung vor der Versendung noch Reglirung von Lagerspesen durch den Veräußerer verlangte, steht dieser Annahme, wie die erste Instanz richtig ausführt, nicht entgegen.

4. Wenn somit die Vindikation des Klägers grundsätzlich gutgeheißen werden muß, so ist auch das eventuelle Rechtsbegehren der Beklagten zu verwerfen. Es ist vorerst klar, daß die Beklagte das (schon in erster Instanz von beiden Parteien an sich anerkannte) Retentionsrecht der Lagerhausverwaltung, resp. der Nordostbahn, ihrerseits nicht geltend machen kann; ein vertraglicher Anspruch gegenüber dem Kläger dagegen, daß derselbe einen entsprechenden Theil der auf dem Waarenlager des Konkursiten haftenden Lagerspesen übernehme, steht der Beklagten gewiß nicht zu; vielmehr ist jede solche Reklamation durch die vertragliche Verpflichtung der Beklagten, resp. des Kridaren Stürzinger, „lagerfrei" zu liefern, auf's Unzweideutigste ausgeschlossen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Bezirksgerichtes Frauenfeld, vom 27. Mai 1887, sein Bewenden.

---

55. Urtheil vom 16. Juli 1887 in Sachen Mayer gegen Hauser.

A. Durch Urtheil vom 24. Mai 1887 hat das Obergericht des Kantons Appenzell A.-Rh. erkannt:

1. Es sei die klägerische Forderung von 3151 Fr. 5 Cts. abgewiesen.

2. Die Rechtskosten, 132 Fr., habe der Kläger zu tragen.

3. Es habe der Kläger den Beklagten mit 50 Fr. außerrechtlich zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt:

1. Es sei der Beklagte schuldig zu erklären, dem Kläger die geforderten 3150 Fr. 50 Cts. als Schuld anzuerkennen und zu bezahlen, gegen Ueberlassung der im Lagerhause St. Gallen lagernden Waaren.

2. Eventuell sei das Beweismaterial durch Ernennung einer Expertise zu vervollständigen, behufs Untersuchs der Beschaffenheit (Solidität) der gefärbten Waare und zur Beantwortung der Frage, ob die fraglichen Farben überhaupt solid, d. h. waschächt erstellt werden können oder nicht, alles unter Kostenfolge.

Dagegen trägt der Anwalt des Beklagten auf Bestätigung des angefochtenen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 6. August 1886 übersandte der Kläger, welcher Inhaber einer Zwirnerei ist, dem Beklagten, welcher das Färbereigewerbe betreibt und mit welchem er seit Jahren im Geschäftsverkehr steht, eine kleine Partie Stickgarne mit Farbenkarte, wovon 30 Pfund schön marineblau zu färben waren; am 19. Oktober gleichen Jahres übersandte Kläger dem Beklagten eine größere Partie Stickgarne, welche innert der Frist von drei Tagen „dunkelblau", „hellblau" und „olive" „nach Muster", „so solid als immer möglich", gefärbt werden sollten. Der Beklagte führte diese Aufträge aus und lieferte den ersten Posten am 7. August, den zweiten am 21. Oktober 1886 dem Besteller ab. Dieser verkaufte, nachdem er lediglich die Farbennuancen geprüft, eine Untersuchung auf die Solidität (Waschächtheit) der Farben dagegen unterlassen hatte, die Waare an Gebrüder Stauder in St. Gallen und zwar zum Preise von 347 Fr. 50 Cts. Die Käufer verwendeten das Garn zum Sticken und sandten dann die bestickte Waare zu weiterer Bearbeitung — Auswaschung — an den Appreteur Locher in Herisau. Da sich nun aber nach der Behauptung der Käufer herausstellte, daß das Garn „unsolid" gefärbt war, so stellten

dieselben dem Kläger am 13. Dezember 1886 die Waare zur Verfügung, indem sie eine Schadenersatzforderung von 3151 Fr. 5 Cts. geltend machten. Der Kläger erkannte diese Reklamation an und forderte nun seinerseits vom Beklagten am 16. Dezember 1886 und 6. Januar 1887 Bezahlung der 3151 Fr. 5 Cts. gegen Rücknahme der Waare. Der Beklagte bestritt diese Forderung, indem er in erster Linie geltend machte, der Kläger habe die Mängelrüge nicht rechtzeitig gemacht. Diese Einwendung wurde von beiden Instanzen für begründet erachtet und demnach die Klage abgewiesen.

2. In rechtlicher Beziehung erscheint zunächst die Kompetenz des Bundesgerichtes als hergestellt. Denn, was einzig etwa bezweifelt werden könnte, der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. ist gegeben; Kläger verlangt ja vom Beklagten die Bezahlung eines Schadenersatzes von 3151 Fr. 5 Cts.; daß er ihm gegen Bezahlung dieser Summe die Waare zur Verfügung stellt, ist für die Streitwerthsberechnung gleichgültig (vergleiche Entscheidungen des Bundesgerichtes in Sachen Smrecker, Amtliche Sammlnng XII, S. 368, Erw. 1.)

3. In der Sache selbst ist der Vorinstanz darin beizutreten, daß das zwischen den Parteien abgeschlossene Rechtsgeschäft sich als Werkvertrag qualifizirt. Es ist unzweifelhaft, daß der Beklagte gegen eine vom Kläger zu leistende Vergütung die Herstellung eines Werkes, nämlich die Färbung der ihm zu diesem Zwecke vom Kläger übergebenen Garne, übernommen hat; es sind also alle wesentlichen Momente eines Werkvertrages gemäß Art. 350 des Obligationenrechts gegeben. Die Parteien sind denn auch hierüber einig.

4. Wenn dagegen die Vorinstanz sich zu Begründung ihrer klagabweisenden Entscheidung u. A. auf Art. 357, Absatz 2 des Obligationenrechts berufen und ausgeführt hat, durch das Verfahren des Klägers, welcher das gefärbte Garn ohne Prüfung der Waschächtheit der Farben verkauft habe, so daß dasselbe anscheinend ohne Weiteres verarbeitet worden, sei dem Beklagten das durch die citirte Gesetzesbestimmung ihm eingeräumte Recht auf sachverständige Prüfung entzogen worden, so erscheint dies als rechtsirrthümlich. Denn die sachverständige Prüfung des

Werkes bei seiner Ablieferung konnte vom Unternehmer gemäß Art. 357, Absatz 2 des Obligationenrechts einseitig, und ohne daß er vorher eine Monitur des Bestellers hätte abwarten müssen, veranlaßt werden.

5. Hingegen ist dem Vorderrichter darin beizutreten, daß der Kläger die Mängelanzeige nicht rechtzeitig erstattet hat und daß daher das Werk gemäß Art. 357, Absatz 1, 360 und 361 des Obligationenrechts als stillschweigend genehmigt gelten muß. Nach den citirten Gesetzesbestimmungen ist der Besteller verpflichtet, das Werk nach seiner Ablieferung sofort, d. h. sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist, auf seine Beschaffenheit hin zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntniß zu setzen. Unterläßt er dies, so gilt das Werk als stillschweigend genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der Abnahme und ordnungsmäßigen Prüfung nicht erkennbar waren, oder vom Unternehmer arglistig verschwiegen wurden. Da Letzteres vorliegend nicht behauptet ist, und da im Fernern klar am Tage liegt, daß, sofern es sich um Mängel handelt, die bei ordnungsmäßiger Prüfung erkennbar waren, die erst im Dezember 1886 erstattete Mängelanzeige jedenfalls verspätet ist, so hängt die Entscheidung ausschließlich davon ab, ob der behauptete Mangel der Waschunächtheit als ein bei ordnungsmäßiger Prüfung erkennbarer zu betrachten ist oder nicht; d. h. es fragt sich ausschließlich, ob die vom Gesetze, wie von guter Verkehrssitte, dem Besteller zur Pflicht gemachte ordnungsmäßiger Prüfung auch eine Untersuchung der gefärbten Waare auf die Waschächtheit der Farbe erforderte. Dies ist in Uebereinstimmung mit dem Vorderrichter zu bejahen. Die Untersuchungspflicht des Bestellers eines Werkes, (wie des Käufers einer Waare) erstreckt sich nicht nur auf offenbare, augenfällige Mängel, sondern überhaupt auf die ganze Beschaffenheit des Werkes, sofern dieselbe durch eine Untersuchung zu ermitteln ist, wie sie bei ordnungsmäßigem Geschäftsbetriebe stattfindet und erwartet werden darf. Der Besteller hat also die Untersuchung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes oder Hausvaters vorzunehmen. Nun ist als von der Vorinstanz thatsächlich in beim Bundesge-

richte gemäß Art. 30 des Obligationenrechts nicht anfechtbarer Weise festgestellt zu erachten, daß eine Prüfung gefärbter Garne auf ihre Waschächtheit hin (durch Auswaschen eines Strängleins von jedem Posten) leicht möglich und ohne besondere Kosten und Zeitaufwand, insbesondere ohne Verderb der Waare, ausführbar ist. Bei dieser Sachlage ist gewiß festzuhalten, daß eine ordnungsmäßige Prüfung auch auf die Waschächtheit der Farben sich erstrecken mußte. Die bona fides des Verkehrs erforderte eine solche Prüfung um so dringender, als bei Zutagetreten eines Mangels nach inzwischen erfolgter weiterer Bearbeitung der gefärbten Waare ein Schaden sich ergeben mußte, welcher in gar keinem Verhältnisse zu dem ursprünglichen Werthe der Waare stand, wie denn ja die Schadensberechnung des Klägers sich annähernd auf das Zehnfache dieses Werthes beläuft. Allerdings hat der Kläger Zeugnisse einer Anzahl st. gallischer in der Stickereibranche als Fabrikanten oder Händler thätiger Firmen produzirt, welche sich übereinstimmend dahin aussprechen, es sei nicht üblich und gebräuchlich, und wäre auch mit Umständlichkeiten und Schwierigkeiten verbunden, Stickgarne vor ihrer Verwendung zur Stickerei auf die Widerstandsfähigkeit der Farben während der Veredlung zu prüfen; diese Brauchbarkeit der Stickgarne zur veredelten Stickerei werde vielmehr allgemein als selbstverständlich vorausgesetzt. Allein auf diese Zeugnisse kann, selbst wenn man sie als beweiskräftig betrachtet, ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden. Das Gesetz macht dem Besteller ordnungsmäßige Untersuchung zur Pflicht, nicht Untersuchung gemäß dem thatsächlichen, bei den Bestellern bestehenden, vielleicht gewohnheitsmäßig nachläßigen, Ortsgebrauch, welcher ja auch unter Umständen durch Vereinbarung einer verhältnißmäßig kleinen Zahl von Kaufleuten in einer für die Unternehmer oder Lieferanten sehr beschwerenden Weise gestaltet werden könnte. Zum Nachweise eines rechtlich erheblichen Orts- oder Geschäftsbrauches wäre jedenfalls erforderlich, daß dargethan würde, nicht nur daß die Besteller (Stickfabrikanten oder Händler) thatsächlich die Prüfung der Waare auf Waschächtheit der Farben gewöhnlich unterlassen, sondern auch daß von den Unternehmern (Färbern) eine derart

beschränkte Untersuchung als ordnungsmäßig anerkannt werde. Von einem solchen Nachweise ist aber gar keine Rede.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers ist abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Appenzell A.-Rh. vom 24. Mai 1887 sein Bewenden.

II. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen.
Différents de droit civil entre cantons.

56. *Arrêt du 1er Juillet 1887 dans la cause Neuchâtel et commune de Chaux-du-Milieu contre Fribourg et commune de Maules.*

Dans leur demande du 30 Décembre 1884, l'Etat de Neuchâtel et la commune de Maules ont conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral prononcer :

1° Que l'Etat de Fribourg doit accorder l'indigénat fribourgeois à Evodie-Jenny Michel, née Jeanneret, et à ses enfants tant légitimes qu'illégitimes, savoir :

a) les enfants légitimes Jenny-Aline et Marie-Louise Michel ;

b) Les enfants illégitimes Charles-Alphonse, Jules-Albert et Bertha-Léa Michel ;

2° Que la commune de Maules doit admettre les susnommés au nombre de ses ressortissants et qu'elle doit leur délivrer des actes d'origine.

Dans sa réponse, l'Etat de Fribourg a conclu, en se joignant d'ailleurs aux conclusions prises par la commune de Maules et plus bas relatées :

1° A ce qu'il soit dit et prononcé que ni l'Etat de Neuchâtel ni même la commune de la Chaux-du-Milieu n'ont vocation et compétence pour introduire la présente action ;

2° A ce qu'il soit dit et prononcé que c'est indûment que l'Etat de Fribourg a été mis en cause et que par conséquent il doit être libéré d'instance ;

3° Subsidiairement à la libération pure et simple des demandes actives ;

4° Subsidiairement encore, à ce qu'en application de l'article 7 du concordat du 4 Juillet 1820, l'Etat de Neuchâtel soit condamné à procurer, sauf son recours contre l'officier d'état civil, aussi bien que contre la commune de la Chaux-du-Milieu, un droit de bourgeoisie à la fille Jeanneret et aux enfants qu'elle a mis au monde;

5° A ce qu'à ce défaut : *a*) la commune de la Chaux-du-Milieu, *b*) la commune des Ponts, *c*) l'Etat de Neuchâtel soient condamnés, en application de la loi sur le heimathlosat du 3 Décembre 1850, à procurer des droits de bourgeoisie dans la proportion qu'il plaira au Tribunal de fixer, à la fille Jeanneret et à ses enfants, ou, dans tous les cas, à payer à la commune de Maules ou à l'Etat de Fribourg de justes dommages-intérêts, soit une indemnité représentative des droits de finance de réception bourgeoisiale fixée par la loi pour la commune de Maules, comme aussi des charges qui pourraient résulter pour cette commune, comme pour l'Etat de Fribourg, de l'incorporation de la fille Jeanneret et de ses enfants.

La commune de Maules a, de son côté, conclu dans sa réponse :

1° A ce qu'il soit dit et prononcé que la commune de la Chaux-du-Milieu, de concert avec l'Etat de Neuchâtel, au nom de ce dernier, n'ont point vocation pour ouvrir à eux seuls, et comme partie principale, la présente action :

a) pour ce qui concerne la fille Jeanneret et les enfants nés avant le 5 Octobre 1876 ;

b) pour ce qui concerne les enfants nés après cette date ;

2° Que les seuls droits de bourgeoisie qui sont litigieux entre la commune de Maules, d'une part, la fille Jeanneret et ses enfants, d'autre part, ne peuvent être réclamés que par ces derniers, sauf à la commune de la Chaux-du-Milieu à intervenir comme partie accessoire au procès.

a) Pour ce qui concerne la fille Jeanneret et les enfants nés avant le 5 Octobre 1876 ;

b) Pour ce qui concerne les enfants nés après cette date ;

3° Que le litige se trouve être de la compétence des tribunaux fribourgeois et que dès lors le Tribunal fédéral doit se déclarer incompétent pour en connaître :

a) pour ce qui concerne la fille Jeanneret et les enfants nés avant le 5 Octobre 1876 ;

b) pour ce qui concerne les enfants nés après cette date ;

4° Eventuellement à ce que les demandeurs soient renvoyés à se conformer aux prescriptions de la loi sur le heimathlosat du 9 Décembre 1850 et à ce que le Tribunal fédéral n'entre dès lors pas en matière sur la demande telle qu'elle est formulée.

5° Subsidiairement, la commune conclut à libération :

a) pure et simple des demandes actrices ;

b) de cette même demande pour ce qui concerne les enfants nés après le 5 Octobre 1876 et qualifiés par les demandeurs eux-mêmes d'illégitimes.

6° Subsidiairement encore, et pour le cas où cette conclusion libératoire ne serait pas admise, la commune de Maules conclut par voie reconventionnelle à ce qu'il soit dit et prononcé :

Qu'en application de l'art. 7 du concordat du 4 Juillet 1820, l'Etat de Neuchâtel est condamné à procurer, sauf son recours contre l'officier d'état civil aussi bien que contre la commune de la Chaux-du-Milieu, un droit de bourgeoisie :

a) à la fille Jeanneret et aux enfants nés avant le 5 Octobre 1876 ;

b) aux enfants nés après cette date.

7° A ce qu'à ce défaut,

a) la commune de la Chaux-du-Milieu,

b) la commune des Ponts,

c) enfin le canton de Neuchâtel soient condamnés, en application de la loi sur le heimathlosat du 3 Décembre 1850, à procurer des droits de bourgeoisie dans la proportion qu'il plaira au Tribunal de fixer :

a) à la fille Jeanneret et aux enfants nés avant le 5 octobre 1876 ;

b) aux enfants nés depuis cette date, ou dans tous les cas à payer à la commune de Maules de justes dommages-intérêts, soit une indemnité représentative des droits de finance de réception bourgeoisiale que la commune de Maules est autorisée à percevoir, comme aussi des charges qui pourraient résulter pour elle de l'incorporation à dite bourgeoisie :

a) de la fille Jeanneret et des enfants nés avant le 5 Octobre 1876 ;

b) des enfants nés après cette date, à fixer par jugement ultérieur ou à dire d'experts.

Statuant et considérant en fait et en droit :

1° Jean-Alphonse Michel, originaire de Maules, canton de Fribourg, s'est marié le 29 Mai 1865 à Sales (Gruyères) avec Anne-Marie-Cécile née Monney, et de ce mariage sont nés plusieurs enfants. Il n'y a jamais eu de divorce prononcé entre ces époux. Michel ayant quitté sa femme est venu s'établir comme fromager à la Chaux-du-Milieu, canton de Neuchâtel, où il contracta, le 11 Novembre 1874, avec Evodie-Jenny Jeanneret, un nouveau mariage, dont les annonces ne furent pas publiées à Maules, lieu d'origine du mari. Le Conseil d'Etat, il est vrai, dans la pensée que l'art. 107 du code civil neuchâtelois n'était plus applicable en droit fédéral, n'a pas donné non plus à ce mariage l'autorisation exigée par cette disposition.

De ce mariage sont issus deux enfants, Jenny-Aline, née le 26 Novembre 1874, et Marie-Louise, née le 18 Juillet 1876.

Par jugement du 5 Octobre 1876, le Tribunal criminel de Neuchâtel a condamné Michel à deux ans de détention pour bigamie.

Le 28 Septembre 1877, le Tribunal du district du Locle, sur les conclusions du Ministère public et sans citation des parties, a prononcé la nullité du second mariage de Michel, conformément à l'art. 51 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, et déclaré que le dit mariage, quoique annulé, produira néanmoins les effets civils d'un mariage valable à l'égard d'Evodie-Jenny née Jeanneret et de l'*enfant* né de ce mariage, vu l'art. 55 de la même loi, et attendu que

la bonne foi de la prédite Jeanneret ne peut être mise en doute. Un second jugement du même Tribunal, rendu le 28 Juillet 1879, relève l'inexactitude contenue dans le premier et statue que le mariage annulé produira les effets d'un mariage valable à l'égard d'Evodie-Jenny Jeanneret *et de ses deux enfants.*

Par office du 15 Août 1879, le Conseil d'Etat de Neuchâtel a invité le Gouvernement de Fribourg à intervenir auprès de la commune de Maules pour qu'elle délivre à Evodie-Jenny Jeanneret et à ses enfants les actes d'origine auxquels ils ont droit.

Par lettre du 27 Septembre suivant, la commune de Maules a informé la Direction de Justice de Fribourg qu'elle n'estime pas être tenue à reconnaître les enfants Michel et conteste toute compétence aux tribunaux neuchâtelois pour leur attribuer un droit de cité fribourgeois, ajoutant, quant au fond, qu'il y a lieu de renvoyer l'Etat de Neuchâtel à se pourvoir devant les tribunaux fribourgeois s'il s'y estime fondé.

Le 10 Octobre 1879, la femme Michel née Jeanneret, que Michel avait rejointe après sa détention, a mis au monde un enfant illégitime, et par demande adressée au Tribunal fédéral le 17 Mars 1880, l'Etat de Neuchâtel a conclu : 1° à ce que le jugement des tribunaux neuchâtelois soit appliqué dans le canton de Fribourg, et 2° à ce que la commune de Maules soit contrainte par l'Etat de Fribourg à délivrer des actes d'origine à Evodie-Jenny Michel née Jeanneret, ainsi qu'à ses trois enfants.

Par arrêt du 26 Juillet courant, le Tribunal fédéral a décidé de ne pas entrer en matière sur la requête de l'Etat de Neuchâtel par les motifs ci-après :

Bien qu'il s'agisse d'une contestation entre deux cantons ou deux communes appartenant à des cantons différents et relative à un droit de cité litigieux, la contestation n'apparaît pas comme une action civile aux termes de l'art. 27, dernier alinéa, de la loi sur l'organisation judiciaire, mais d'une contestation de droit public. L'Etat recourant invoque en faveur de l'exécution du jugement du Locle, les art. 57 de la loi

sur l'organisation judiciaire fédérale et 61 de la Constitution fédérale. L'art. 57 n'est pas applicable, puisqu'il ne s'agit pas d'une des contestations qui s'y trouvent énumérées. Quant à l'art. 61, les recourants doivent, s'ils s'y estiment fondés, poursuivre l'exécution du prédit jugement devant le Tribunal cantonal de Fribourg ; jusque-là le Tribunal fédéral ne peut se prononcer sur la force exécutoire de cette sentence. Toutefois il est réservé au gouvernement de Neuchâtel et à la commune de la Chaux-du-Milieu, en ce qui la concerne, de porter devant le Tribunal fédéral, aux termes de la disposition précitée de l'art. 27 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, le différend relatif au droit de cité litigieux.

Depuis ce jugement, la femme Michel-Jeanneret a encore mis au monde deux enfants illégitimes, nés l'un le 14 Janvier 1882 et l'autre le 8 Juin 1883. Jean-Alphonse Michel est décédé le 10 décembre 1882.

C'est à la suite de ces faits que l'Etat de Neuchâtel et la commune de Chaux-du-Milieu ont ouvert la présente action et pris les conclusions plus haut ténorisées, contre l'Etat de Fribourg et la commune de Maules, lesquels ont, de leur côté, formulé les conclusions reproduites ci-dessus.

A l'appui des dites conclusions, les parties font valoir, en substance, les considérations ci-après :

I° L'Etat de Neuchâtel et la commune de la Chaux-du-Milieu :

Le mariage Michel-Jeanneret a été célébré après l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale, dont l'art. 54 reconnaît comme valable dans toute la Confédération le mariage conclu dans un canton ou à l'étranger, conformément à la législation qui y est en vigueur. A partir de la promulgation de la Constitution fédérale, le 29 Mai 1874, et jusqu'à la mise en vigueur de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, le canton de Neuchâtel n'a plus à s'occuper, en matière de célébration de mariage, que de sa propre législation ; cela résulte en outre de la circulaire adressée par le Conseil fédéral aux cantons le 3 Juillet 1874, d'où il résulte que tout mariage célébré en Suisse après le 29 Mai est valable et doit

être reconnu comme tel par les autorités du canton d'origine de l'époux, pourvu qu'il ait été conclu corformément aux lois en vigueur dans le canton de sa célébration. Or le code civil neuchâtelois, en vigueur en 1874, faisait abstraction des publications au lieu d'origine. Le concordat de 1820, qui contenait des prescriptions contraires, se trouvait en opposition avec l'art. 54 de la Constitution, et à teneur de l'art. 2 des dispositions transitoires, il devait être considéré comme ayant cessé d'être en vigueur.

A teneur de l'alinéa 4 de l'art. 54 susvisé, la femme acquiert par le mariage le droit de cité et de bourgeoisie de son mari, c'est là, pour la femme, le premier des effets civils du mariage.

Le jugement du Locle, qui a prononcé la nullité du mariage pour cause de bigamie, reconnaît la bonne foi de la femme Michel-Jeanneret, et n'a rien changé à l'état de droit de celle-ci. Les enfants légitimes issus de ce mariage sont au bénéfice de ses effets civils, conformément à l'art. 55 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage ; au nombre de ces effets civils se trouve en premier rang le droit de cité et de bourgeoisie. Enfin, Evodie-Jenny Jeanneret ayant conservé, malgré la nullité de son mariage, le droit de cité fribourgeois et le droit de bourgeoisie à Maules, ses enfants illégitimes suivent la condition de leur mère.

II. L'Etat de Fribourg :

L'Etat de Neuchâtel n'a pas mission pour intervenir dans le débat. Il ne s'agit pas d'un cas de heimathlosat, mais d'une simple revendication d'un droit de bourgeoisie ; or le dit Etat n'a aucune compétence pour s'ériger en mandataire d'Evodie Jeanneret et de ses enfants ; il n'aurait qu'un droit d'intervention, lequel suppose une action déjà existante. Il en est de même de la commune de la Chaux-du-Milieu.

L'Etat de Fribourg doit être déclaré hors de cause. Rien, dans la législation fribourgeoise ne peut le contraindre à prendre part au procès, pas même comme intervenant. D'ailleurs son intervention ne pourrait avoir lieu que par l'introduction d'un procès contre la commune de Maules, les ques-

tions de reconnaissances bourgeoisiales étant, non point du ressort administratif, mais de la compétence des tribunaux. Or l'Etat de Neuchâtel ne peut prétende contraindre l'Etat de Fribourg à faire un procès à un tiers. Le droit de cité cantonal dépend de l'acquisition d'une bourgeoisie communale ; l'Etat de Fribourg est dès lors désintéressé dans cette affaire, qui ne peut se terminer que par la libération ou la condamnation de la commune de Maules ; il se réfère d'ailleurs à la réponse de cette commune.

III. La commune de Maules :

Il ne s'agit pas d'un cas de heimathlosat ; le mariage évidemment nul de Michel avec la fille Jeanneret ne saurait priver celle-ci de ses droits de bourgeoisie de la commune de la Chaux-du-Milieu. L'art. 54 de la Constitution fédérale ne peut s'appliquer à un mariage nul ; d'autre part, lorsque le dit mariage a été célébré, l'art. 55 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage n'était pas encore en vigueur.

Il s'agit de savoir si la fille Jeanneret a acquis par l'effet du mariage putatif, le droit de bourgeoisie de son mari ; seule, avec ses enfants, elle a vocation pour intenter une action semblable. Le jugement du Locle, proclamant la bonne foi de la fille Jeanneret, ne vaut que contre les personnes qui ont été parties au procès et ne peut donc être invoqué par la commune de la Chaux-du-Milieu contre celle de Maules, laquelle est en droit de démontrer au contraire que la prédite Jeanneret était de mauvaise foi. D'ailleurs les « effets civils » d'un mariage conclu de bonne foi ne comprennent pas les droits de bourgeoisie.

La commune de la Chaux-du-Milieu ne pourrait qu'intervenir dans une action principale intentée par sa ressortissante, action qui rentrerait évidemment dans la compétence des tribunaux fribourgeois, nonobstant la mise en cause de l'Etat de Fribourg.

La fille Jeanneret a été de mauvaise foi. La commune de Maules offre de le prouver. En tout cas, il incombait aux demandeurs de prouver qu'en droit fribourgeois on comprend sous la dénomination d'«effets civils » les droits de

bourgeoisie. Les enfants nés de la fille Jeanneret depuis le 5 Octobre 1876, date de la condamnation de Michel pour bigamie, ne peuvent, aux termes de la législation fribourgeoise, être reconnus par le père; ils acquièrent le droit de bourgeoisie de la mère.

Eventuellement, la conclusion reconventionnelle de la commune de Maules doit être admise. Le concordat du 7 Juillet 1820 était encore en vigueur lors du mariage Michel-Jeanneret. Aux termes de l'art. 62 de la loi fédérale sur l'état civil, ce concordat faisait encore partie de la législation cantonale jusqu'au 1er Janvier 1876. Or suivant l'art. 2 du dit concordat, pour qu'il soit permis à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage du ressortissant d'un autre canton avec une Neuchâteloise, il fallait un certificat attestant la publication des bans au lieu du domicile et au lieu d'origine. L'officier d'état civil des Ponts ayant célébré le mariage Michel-Jeanneret sans que cette formalité ait été observée, l'Etat de Neuchâtel est civilement responsable des conséquences de cette irrégularité commise par son préposé au préjudice de la commune de Maules.

Dans leur réplique et duplique, les parties reprennent, avec quelques nouveaux développements, leurs conclusions primitives.

L'Etat de Fribourg a dénoncé en outre le litige, 1° à l'officier d'état civil des Ponts pour avoir célébré le dit mariage sans s'inquiéter ni des concordats de 1820 et du 15 Juillet 1842, ni de l'art. 107 du code civil neuchâtelois ; 2° à la commune de Maules.

Par ordonnance du 26 Novembre 1885, le juge fédéral délégué à l'instruction a refusé d'admettre la preuve testimoniale requise par la commune de Maules, en vue d'établir la mauvaise foi de la fille Jeanneret lors de la conclusion de son mariage avec le sieur Michel. Le même juge a, en outre, par la même ordonnance, refusé d'accéder à la demande de la même commune concernant la production *a*) de lois, décrets, circulaires se rapportant à la police des étrangers, par le motif qu'une semblable demande est inadmissible dans

une forme aussi générale, *b*) de diverses décisions et circulaires, par le motif que ce ne sont pas des documents dans le sens de l'art. 118 de la procédure civile fédérale ; *c*) d'une autorisation du Conseil d'Etat de Neuchâtel, attendu que cette pièce est insuffisamment désignée.

Par écriture du 10 Décembre suivant, la commune de Maules a déclaré recourir au Tribunal fédéral de cette décision dans le sens des art. 170, 171 et 174 de la procédure fédérale ; elle persiste surtout à soutenir qu'il est important de prouver au procès que lors de son mariage, la fille Jeanneret savait qu'Alphonse Michel était déjà marié. 2° Il s'agit dans le présent litige, d'une contestation entre communes de différents cantons touchant le droit de cité, et nullement d'un cas de heimathlosat, puisqu'il y a lieu seulement de décider à laquelle des deux communes en cause la femme et les enfants Michel doivent être attribués comme ressortissants.

Le Tribunal fédéral est dès lors compétent sans aucun doute pour statuer, en présence de l'art. 27, dernier alinéa de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, même à supposer, ce qui sera examiné plus loin, que l'Etat de Neuchâtel n'ait pas eu, comme tel, vocation pour ouvrir la présente action à la commune de Maules. 3° Le recours de la commune de Maules contre l'ordonnance rendue par le juge délégué est surtout dirigé contre le refus d'admettre la preuve offerte par cette commune en vue d'établir que, contrairement à l'énoncé du jugement du Tribunal du Locle du 28 Septembre 1877, Evodie Jeanneret était de mauvaise foi lors de la conclusion de son mariage avec le sieur Michel en ce sens qu'elle connaissait, à cette époque, le fait de l'existence du premier mariage avec une femme encore vivante.

C'est toutefois avec raison que le juge délégué a estimé que ce jugement, bien que critiquable en tant que rendu en l'absence et sans citation des époux Michel-Jeanneret, devait néanmoins être considéré comme passé en force de chose jugée, notamment en ce qui concerne la solution de la question de bonne foi d'Evodie Jeanneret.

En effet, ce jugement a été rendu par le Tribunal du domicile du sieur Michel, autorité incontestablement compétente pour connaître de la nullité d'un mariage poursuivie d'office, pour cause de bigamie, conformément aux art. 43, 51 et 28 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage. Dans cette situation, il y a lieu d'admettre que le tribunal compétent pour statuer sur la nullité du mariage, doit l'être aussi pour prononcer sur l'étendue des effets à attribuer à cette nullité, spécialement sur la question de bonne foi qui en est inséparable.

Non seulement l'art. 55 de la loi précitée, — rapproché de l'art. 49 ibidem, lequel attribue au tribunal prononçant le divorce le droit de statuer sur tous ses effets ultérieurs, — admet implicitement, sur la question de l'existence ou du défaut de bonne foi des époux lors du mariage, la compétence du tribunal qui doit prononcer sur la nullité, mais encore une solution contraire à celle de l'ordonnance attaquée entraînerait des inconvénients pratiques, que le législateur doit avoir voulu évitér. C'est ainsi que l'admission de la preuve requise aurait pour conséquence de faire statuer successivement deux tribunaux différents sur la même question de bonne foi, alors que le tribunal appelé à prononcer sur la nullité du mariage est évidemment seul bien placé pour statuer en même temps sur toutes les conséquences légales de cette nullité. Aucun obstacle de procédure ne s'oppose d'ailleurs à ce qu'il soit statué de la sorte, et cela d'autant moins qu'il appartient en principe aux tribunaux d'un Etat de prononcer sur les conséquences juridiques de faits qui se sont produits sur son territoire. La circonstance que, dans l'espèce, le jugement du Locle a été rendu en l'absence des époux Michel-Jeanneret, et qu'il n'indique pas les faits et preuves qui constatent la bonne foi de la femme, ne saurait infirmer ce qui précède.

Il suit de là que le jugement du Locle, n'ayant point été frappé d'appel ou de recours par des intéressés dans les délais légaux est passé en force de chose jugée et que la question de l'existence de la bonne foi de la femme Michel-

Jeanneret affirmée par ce jugement, est ainsi définitivement résolue ; c'est dès lors avec raison que le juge délégué a repoussé une demande de preuve tendant à infirmer cette appréciation.

Le grief articulé par la commune de Maules lors de la procédure sur la preuve, et tiré du fait que le jugement du Locle n'a pas été sanctionné par le Tribunal cantonal, est dénué de fondement. Il résulte, en effet, d'un office du Président de la Cour d'appel à la Direction de justice de Neuchâtel, que cette Cour, à laquelle le prédit jugement avait été transmis pour confirmation, a estimé n'avoir pas à le ratifier aux termes des dispositions des lois cantonales sur la matière, en particulier de l'art. 214 du code civil, lesquels n'astreignent à cette sanction que les jugements de divorce ou de séparation, et non les jugements en nullité de mariage.

Il y a lieu de confirmer également, par les motifs indiqués dans l'ordonnance du juge délégué, ses autres décisions relatives à des demandes de production de documents, etc., contre lesquelles le recours de la commune de Maules est aussi dirigé.

4° La vocation de l'Etat de Neuchâtel pour agir en la cause ne saurait point être déniée, dès le moment où une commune de ce canton s'est portée demanderesse au procès. Ce droit lui a du reste été réservé dans l'arrêt du Tribunal de céans du 26 Juillet 1880 dans la cause Neuchâtel contre Fribourg. (Voy. *Recueil* VI, p. 382, et, en outre, Arrêt Wyla contre Duggingen, ibid. IX, p. 260.)

Il est d'ailleurs étrange de voir la commune de Maules contester la vocation d'agir du canton de Neuchâtel, alors que, dans sa réponse, elle conclut elle-même à ce que cet Etat soit condamné à diverses prestations, et entre autres à des dommages-intérêts.

5° L'Etat de Fribourg conclut à être mis hors de cause par le motif qu'il n'existerait pas d'indigénat cantonal fribourgeois proprement dit. Quoi qu'il en soit de cette allégation, dont l'exactitude va être examinée, la première conclusion de la demande est dirigée contre le dit Etat, lequel seul

apparaît à cet égard comme défendeur et doit dès lors rester au procès.

Il est, d'ailleurs, erroné de prétendre que le droit de cité cantonal ne serait pas connu dans le canton de Fribourg. La circonstance que son obtention est liée et s'attache toujours à l'acquisition préalable d'un droit de bourgeoisie communale n'est nullement décisive à cet égard ; au contraire, la réalité d'un indigénat cantonal résulte du fait que dans ce canton il est perçu une taxe pour son acquisition. C'est aussi le point de vue auquel se place la loi fédérale sur l'heimathlosat, lorsqu'elle impose aux autorités fédérales l'obligation de procurer aux heimathloses un droit de bourgeoisie *cantonal*.

La première conclusion de la demande doit donc être comprise dans ce sens qu'il soit interdit à l'Etat de Fribourg d'élever des difficultés au sujet de ce droit de cité cantonal, pour le cas où la femme Michel et ses enfants seraient déclarés bourgeois de la commune de Maules, conformément à la conclusion 2 ibidem.

6° En ce qui a trait à cette dernière conclusion, il y a lieu de faire application, en première ligne, non point, ainsi que l'estime la partie demanderesse, de l'art. 54, alinéa 4, de la Constitution fédérale, statuant que la femme acquiert par le mariage le droit de cité et de bourgeoisie de son mari, puisqu'il s'agit d'un mariage déclaré nul *ab initio* pour cause de bigamie, mais bien de l'art. 55 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, stipulant entre autres que le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils d'un mariage valable, en faveur de l'époux qui l'a contracté de bonne foi et des enfants nés ou légitimés à la suite de ce mariage. Ce n'est qu'ensuite de cette disposition et de l'assimilation du mariage putatif à un mariage valable, en faveur de l'époux de bonne foi, qu'il y a lieu de reconnaître que la femme Michel-Jeanneret a acquis le droit de cité et de bourgeoisie de son mari, conformément à l'art. 54 précité de la Constitution fédérale.

C'est à tort que la commune de Maules conteste l'applicabilité de l'art, 55 précité, par le motif que lors de la conclu-

sion de ce mariage, la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, dont le prédit art. 55 fait partie, n'était pas encore en vigueur. En effet, il s'agit dans l'espèce de déterminer quelles sont les conséquences de la nullité de ce mariage, et cette question doit être résolue en application de la loi en vigueur au moment où cette nullité a été prononcée, soit le 28 Septembre 1877. Or cette loi n'est autre que la loi fédérale susmentionnée, laquelle déploie tous ses effets à partir du 1er Janvier 1876.

7° Il ressort des développements ci-dessus (consid. 3) que la bonne foi de la femme Michel née Jeanneret, lors de son mariage doit être admise, comme résultant d'une constatation définitive d'un jugement passé en force de chose jugée. Il s'en suit, aux termes de l'art. 55 susvisé, que ce mariage, bien qu'annulé comme entaché de bigamie, n'en produit pas moins les effets civils d'un mariage valable, tant en faveur de la femme Michel-Jeanneret qu'à l'égard des enfants nés de ce mariage.

La question de savoir si le droit de cité ou de bourgeoisie est compris dans ces « effets civils » doit recevoir une solution affirmative. Il y a lieu d'admettre que sous ce terme, le législateur a voulu comprendre toutes les conséquences que la loi attache, d'une manière générale, à cette institution soumise à la protection de l'Etat. Or aux termes de la loi fédérale, art. 25, une des conséquences d'un mariage valable est précisément que la femme, ainsi que les enfants nés ou légitimés ensuite du mariage, acquièrent le droit de bourgeoisie du mari.

Rien dans le texte de l'art. 55, qui attribue au mariage putatif, en faveur de l'épouse de bonne foi et des enfants les effets civils d'un mariage valable, n'exclut de ces effets l'acquisition, par ces personnes, des droits de bourgeoisie du mari. C'est dans ce sens d'ailleurs que soit la doctrine, soit la plupart des législations suisses et étrangères se sont prononcées.

Dans son commentaire sur le droit civil neuchâtelois, Jaccottet admet qu'un mariage putatif contracté de bonne

foi de la part d'un des époux produit les effets d'un mariage valable en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage (II, p. 84 et 85), le même auteur, au nombre de ces effets, mentionne que l'état civil du mari, son nom, ses droits de cité et de commune, deviennent ceux de la femme, (ibid. p. 87).

Les auteurs sur le droit français reconnaissent également que le mariage annulé produit à l'égard de l'époux qui l'a contracté de bonne foi, tous les effets, sans distinction, d'un mariage valable. (Voy. entre autres Aubry et Rau, V, p. 49, 52, qui ne distinguent point entre les effets civils du mariage, et ses effets, considérés d'une manière générale ; Demolombe, III, p. 540 et suiv., Zachariae, *Französisches Civilrecht*, III, p. 48 ; voy. de plus Frei, *Code Napoléon ;* Brocher, *Droit international*, Behaghel, *Badisches Civilrecht* et *Code Napoléon*, I, p. 177.) Les auteurs allemands attribuent de même à un pareil mariage putatif tous les effets juridiques (Rechtswirkungen) d'un mariage valable. (*Seuffert's Archiv*, I, p. 236, Stobbe, *Deutsches Privatrecht*, IV, p. 301 ; Scheurl, *Das gemeine deutsche Eherecht.*)

Les législations de la plupart des cantons de la Suisse allemande admettent également ce point de vue, ou tout au moins ne lui sont pas opposés. (Voyez code de *Zurich*, § 116, qui statue que l'épouse de bonne foi doit être traitée comme la femme divorcée, laquelle, conformément à l'art. 210 ibid, conserve le droit de bourgeoisie de son mari, *Schaffhouse* comme Zurich (code civil, art. 115), d'après l'art. 78 de la loi bernoise, l'époux de bonne foi est au bénéfice des conséquences civiles d'un divorce ; l'épouse de bonne foi ne perd ni le nom, ni la bourgeoisie du mari. Voyez aussi sur ce point, Leuenberger, *Commentaire*, IV, p. 52 et suiv.). Dans ces conditions, il n'est pas admissible que le législateur fédéral se soit placé à un point de vue différent de celui généralement admis lors de la promulgation de la loi sur le mariage, et s'il l'avait voulu, il l'aurait certainement déclaré en termes explicites.

L'argument de la commune de Maules, consistant à dénier

à ce législateur le droit de statuer que l'acquisition, par l'épouse de bonne foi, du droit de cité du mari, constitue un des effets civils du mariage putatif, et à prétendre que cette question doit être résolue conformément au droit cantonal fribourgeois, est insoutenable en présence de l'art. 54 alinéa 4 de la Constitution fédérale, dérogeant à toute disposition contraire des droits cantonaux, et édictant que la femme acquiert par le mariage le droit de cité et de bourgeoisie de son mari.

8° Selon l'art. 55 de la loi sur l'état civil et le mariage, les enfants issus d'un mariage déclaré nul profitent en tout cas des effets civils de celui-ci comme s'il eût été valable. Donc les deux enfants, Jenny-Alice Michel et Marie-Louise Michel, issus du mariage putatif de leurs parents, sont au bénéfice de cette disposition et par conséquent bourgeois de la commune d'origine de leur père. A teneur de l'art 163 du code civil fribourgeois, l'enfant porte le nom du père et acquiert par sa naissance les droits d'origine, de bourgeoisie et de famille du père. Les deux enfants Michel-Jeanneret, nés du mariage putatif de leurs parents, sont donc aussi au bénéfice de cette disposition.

Les trois enfants nés depuis la dissolution, soit annulation du mariage, sont les enfants naturels de la femme Michel-Jeanneret, aux termes de l'art. 230 du code civil fribourgeois, ils doivent porter le nom de leur mère et deviennent bourgeois de sa commune actuelle. Or la femme Michel-Jeanneret étant bourgeoise de Maules lors de la naissance des dits enfants, ceux-ci sont aussi bourgeois de cette commune.

Il y a donc lieu de déférer à la conclusion de la demande, tendant à ce que la commune de Maules soit tenue de délivrer des actes d'origine à la femme Michel-Jeanneret et à ses cinq enfants tant légitimes qu'illégitimes.

9° Ainsi tombe la conclusion reconventionnelle de la commune de Maules, tendant à ce que l'Etat de Neuchâtel, soit la commune de la Chaux-du-Milieu et des Ponts soient condamnés à procurer un droit de bourgeoisie aux personnes

susdésignées. Par contre il y a lieu d'accueillir la conclusion reconventionnelle de la commune de Maules, tendant à ce que l'Etat de Neuchâtel soit condamné à lui payer de justes dommages-intérêts, en compensation des charges résultant pour elle de l'incorporation à sa bourgeoisie de la femme Michel et de ses enfants.

En effet, l'art. 2 du concordat sur les bénédictions et certificats de publications de mariage, du 4 Juillet 1820, auquel les cantons de Neuchâtel et de Fribourg avaient adhéré, dispose « qu'il ne sera procédé à la bénédiction du mariage entre le ressortissant ou la ressortissante du canton et le ressortissant ou la ressortissante d'un autre canton que sur la production des certificats des publications de bans ou d'annonces faites soit au lieu du domicile, soit au lieu de l'origine des époux, » et l'art. 7 ibidem, « que toutes les conséquences résultant des mariages contractés irrégulièrement, et nommément l'obligation d'assurer une existence civile aux individus et familles qui, par l'effet de mariages de cette nature, se trouveraient privés du droit de naturalité, seront à la charge du canton où le mariage aura été célébré. »

Lors de la conclusion du mariage Michel-Jeanneret, le 11 Novembre 1874, ce concordat était encore en vigueur, puisqu'il n'a été abrogé que par l'art. 62 *a* de la loi sur l'état civil et le mariage, à partir du 1er Janvier 1876 seulement ; il continuait donc, jusqu'à cette date, à faire partie intégrante de la législation cantonale neuchâteloise.

C'est en vain que l'Etat de Neuchâtel estime que la circulaire du Conseil fédéral du 3 Juillet 1874 aurait abrogé le dit concordat, comme contraire à l'art. 54 de la Constitution fédérale. Abstraction faite, en effet, de ce que cette circulaire n'a pas force de loi, l'alinéa 3 de l'art. 54 précité, statuant que « sera reconnu valable dans toute la Confédération le mariage conclu dans un canton ou à l'étranger conformément à la législation qui y est en vigueur, » a trait non seulement aux formalités du mariage, mais à tous les réquisits de sa validité. (Voy. Blumer-Morel, I, p. 376.)

Au nombre de ces conditions, a toujours figuré la publication, exigée par le concordat, des bans au lieu de bourgeoisie de l'époux originaire d'un autre canton. Cela résulte avec évidence d'une autre circulaire du Conseil fédéral du 5 Août 1874 (*Feuille fédérale*, 1874, vol. II, p. 602 et 603), laquelle déclare « qu'en faisant publier les bans du mariage, non seulement au lieu du domicile, mais encore dans le lieu d'origine des époux, et dès le moment que la célébration du mariage ne peut avoir lieu que lorsque cette publication a été faite sans provoquer d'opposition, les cantons constatent suffisamment que les époux sont libres de contracter mariage, et qu'il n'y a aucune opposition au point de vue légal. » En outre, dans son message du 2 Octobre 1874, concernant la loi sur l'état civil et le mariage, le Conseil fédéral déclare ce qui suit : « Les communes d'origine ont intérêt à avoir connaissance des mariages de leurs ressortissants ; c'est précisément à cet intérêt que le concordat du 4 Juillet 1820 doit son existence ; par ce concordat, vingt cantons se donnent réciproquement l'assurance que si des ressortissants du même canton ou de cantons différents veulent faire célébrer leur mariage dans un autre canton que le leur, ils doivent exhiber un certificat de publication tant du domicile que de leur endroit d'origine. Cette publication au lieu d'origine n'a, après l'acceptation de la nouvelle Constitution fédérale, absolument rien de gênant pour les fiancés, en tant qu'ils ont droit au mariage, mais elle offre des garanties contre des illégalités, etc. » En conséquence l'art. 29 de la loi sur l'état civil et le mariage a reproduit expressément la disposition de l'art. 2 du concordat, en stipulant que toute célébration d'un mariage sur le territoire de la Confédération doit être précédée de la publication des promesses de mariage au lieu d'origine de chacun des époux. »

Le code neuchâtelois, à son art. 107, dispose de plus que « si les époux futurs ou l'un d'eux sont étrangers au canton, le mariage ne pourra être célébré sans une autorisation du Conseil d'Etat. »

Or dans l'espèce il est établi d'abord que cette dernière disposition, — laquelle, pas plus que les prescriptions du

concordat de 1820 n'a été et ne pouvait être abrogée par la voie d'une circulaire, mais déployant encore ses effets jusqu'au 1er Janvier 1876, — n'a été respectée ni par l'officier d'état civil des Ponts, ce fonctionnaire ayant célébré, en se conformant à la circulaire du Conseil d'Etat du 22 Août 1874, le mariage Michel-Jeanneret, sans qu'une autorisation semblable soit intervenue, ni, en tout premier lieu, par le Conseil d'Etat lui-même, qui, en promulguant cette circulaire abrogeant la dite autorisation, avait admis à tort que la nécessité d'une telle autorisation avait disparu, alors qu'elle était encore prévue par le droit cantonal, jusqu'au 1er Janvier 1876. (Voy. Décret de Décembre 1875.)

Ensuite, aux termes de l'art. 2 du prédit concordat, l'Etat de Neuchâtel, soit l'officier d'état civil, son préposé, ne devaient autoriser la célébration de ce mariage que sur le vu d'un certificat de publication des bans dans le canton d'origine du mari. En passant outre sans s'être assuré que cette formalité protectrice des droits de ce canton d'origine avait été remplie, et en mettant ainsi soit ce canton, soit la commune intéressée dans l'impossibilité de sauvegarder à temps sa situation et de s'opposer à un mariage projeté dans de pareilles conditions, l'Etat de Neuchâtel, soit son préposé, ont causé à la commune de Maules un dommage que le dit Etat est tenu de réparer, à teneur de l'art. 7 précité du concordat. En tenant compte de l'ensemble des circonstances de la cause, en particulier de la position financière précaire, ainsi que du nombre des membres de la famille Michel-Jeanneret, incorporée à la prédite commune, le Tribunal fédéral se trouve en possession des éléments nécessaires pour évaluer à 6000 francs le montant du dommage, dont la réparation incombe à l'Etat demandeur, sauf son recours, le cas échéant, contre qui de droit.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

1° La commune de Maules est tenue de délivrer des actes d'origine :

a) A la femme Evodie-Jenny Michel, née Jeanneret ;

b) aux deux enfants légitimes, Jenny-Aline Michel, née le 26 Novembre 1874, et Marie-Louise Michel, née le 19 Juillet 1876 ;

c) aux trois enfants illégitimes de la dite femme Michel-Jeanneret, savoir : Charles-Alphonse, né le 30 Octobre 1879; Jules-Albert, né le 14 Janvier 1882, et Berthe-Léa, née le 8 Juin 1883.

2° L'Etat de Neuchâtel paiera, à titre de dommages-intérêts, à la commune de Maules la somme de six mille francs. (6000 francs.)

3° Les parties sont déboutées du surplus de leurs conclusions.

III. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des particuliers ou des corporations d'autre part.

57. Urtheil vom 22. Juli 1887 in Sachen Bern gegen Grandjean und Genossen.

A. Durch Klageschrift vom 16. Juni 1886 stellt der Staat Bern beim Bundesgerichte den Antrag: Es seien die Beklagten als beitragspflichtige Grundeigenthümer im Gebiete der Juragewässerkorrektion zu verurtheilen, dem Kläger die geforderten Annuitäten für die Jahre 1883 und 1884 mit zusammen 6068 Fr. 54 Cts., sammt gesetzlichem Verzugszinse zu bezahlen, unter Kostenfolge. In Begründung dieses Antrages wird ausgeführt, daß die Beklagten Eigenthümer von 127 Grundstücken im Grissachmoose, Gemeinde Gals, von einem Gesammtflächeninhalte von 142 Jucharten und 20,979 Quadratfuß seien, daß

diese Grundstücke im Perimeter der Juragewässerkorrektion liegen und daß für dieselben, gemäß den einschlägigen eidgenössischen und kantonalen Erlassen, laut aufgestellter Abrechnung, Mehrwerthbeiträge zu leisten seien, deren Annuitäten für die Jahre 1883 und 1884 sich auf den geforderten Betrag belaufen. In ihrer Vernehmlassung auf diese Klage stellen die Beklagten folgende Anträge:

I. In der Klageeinlassung: Es sei der Kläger mit dem Rechtsbegehren der Klage vom 16. Juni 1886 abzuweisen, unter Kostenfolge.

II. In der Widerklage: 1. Es sei auf Grund einer gerichtlichen Expertise die Summe festzusetzen, welche die Beklagten als Mehrwerth ihrer Grundstücke an den bernischen Fiskus als Unternehmer der Korrektion zu entrichten haben, unter Kostenfolge. Eventuell, d. h. für den Fall, daß diese gerichtliche Ausmittelung nicht stattfinden, sondern die Mehrwerthsbestimmung des Regierungsrathes Regel machen sollte. 2. Es sei der bernische Fiskus gehalten, die Grundstücke der Beklagten um die Summe der regierungsräthlichen Werthbestimmung, und unter Tragung der Total-Mehrwerthsbeiträge auf Zuschlag der Beklagten und Widerkläger zu übernehmen, unter Kostenfolge. Weiter eventuell 3. Es sei der bernische Fiskus anzuerkennen schuldig, daß die Beklagten von dessen Anspruch auf Mehrwerthsleistungen durch Ueberlassung oder Dereliktion der betreffenden Grundstücke befreit werden, unter Kostenfolge. In ihrer Rechtsschrift erörtern die Beklagten die Frage der Kompetenz des Bundesgerichtes; sie führen aus, daß der Kläger selbst die Sache als Civilrechtssache qualifizire und den Entscheid des Civilrichters anrufe, daß der Natur der Sache nach hier eine Civilstreitigkeit vorliege und auch durch die positive bernische Gesetzgebung der Rechtsweg nicht abgeschnitten werde. In der Sache selbst begründen sie ihre Anträge in eingehender Erörterung, indem sie insbesondere geltend machen, die von den administrativen Behörden des Kantons Bern vorgenommenen Mehrwerthsschatzungen seien, weil auf bundesrechtswidriger Grundlage beruhend, für sie unverbindlich und zudem materiell unrichtig.

B. Nachdem, nach beendigtem Schriftenwechsel und abgehal-

tenem Rechtstage, der Instruktionsrichter das Vorverfahren ohne Abnahme der beidseitig anerbotenen Beweise geschlossen hatte, wurden die Parteivertreter bei der heutigen Verhandlung angewiesen, in erster Linie ausschließlich die Frage der Kompetenz des Bundesgerichtes zu behandeln. Der Vertreter des Klägers bemerkt, es sei unzweifelhaft, daß der Staat seine streitige Forderung auf dem Administrativwege hätte geltend machen können, derselbe habe es aber, um den Beklagten jeden Grund zur Beschwerde über einseitiges Vorgehen des Staates zu entziehen, vorgezogen, den Entscheid des Bundesgerichtes anzurufen. Er stelle die Entscheidung über die Kompetenz dem Gerichte anheim. Der Anwalt der Beklagten erklärt gleichfalls, daß er die Entscheidung über die Kompetenzfrage dem Gerichte anheimstelle, indem er immerhin bemerkt, daß seine Partei es vorzöge, wenn das Bundesgericht, das ja auch vom Kläger selbst angerufen worden sei, die Streitsache materiell prüfen und erledigen würde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat von Amteswegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen seiner Kompetenz gegeben seien, d. h., da die übrigen Voraussetzungen des Art. 27, Ziffer 4 des Organisationsgesetzes unzweifelhaft vorliegen, ob die Streitigkeit als eine „civilrechtliche Streitigkeit" im Sinne des citirten Art. 27 erscheine. Der Umstand, daß die Kompetenz des Bundesgerichtes von keiner Seite bestritten wird, vermag hieran nichts zu ändern. Denn die in Art. 111 der Bundesverfassung und 31 des Organisationsgesetzes statuirte Verpflichtung des Bundesgerichtes, die Beurtheilung auch solcher Rechtsstreitigkeiten zu übernehmen, welche gesetzlich nicht in seine Zuständigkeit fallen, sofern der Streitwerth 3000 Fr. erreicht und sofern es von beiden Parteien angerufen wird, bezieht sich zweifelsohne blos auf civilrechtliche Streitigkeiten, nicht dagegen auf Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur. (Vergleiche Entscheidungen VIII, S. 542 f.)

2. Die mit der Vorklage geltend gemachte Forderung des Staates Bern bezieht sich auf Mehrwerthsbeiträge für das Unternehmen der Juragewässerkorrektion, welche dem betheiligten Grundeigenthum durch Verwaltungserlasse, speziell durch das Dekret vom 10. März 1868, auferlegt worden sind. Die

Begehren der Widerklage dagegen bezwecken, richterlich feststellen zu lassen, daß diese Forderung nicht auf der vom klagenden Staate geltend gemachten Grundlage und in behauptetem Umfange bestehe, eventuell daß die Beklagten berechtigt seien, sich von derselben durch Heimschlagung der belasteten Grundstücke an den Staat oder durch Dereliktion zu befreien. Der Rechtsstreit dreht sich also in seinem ganzen Umfange darum, ob, beziehungsweise zu welchem Betrage, dem Staat gegenüber den Beklagten als Eigenthümern beitragspflichtiger Grundstücke eine Forderung für Beiträge an die Juragewässerkorrektion zustehe und in welcher Weise eventuell diese Forderung getilgt werden könne. Entscheidend für die Frage, ob ein Privatrechtsstreit vorliege, ist also ausschließlich die rechtliche Natur der eingeklagten Mehrwerthsbeiträge.

3. Nun hat das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Finsterhennen und Konsorten vom 12. Juli 1878 (Entscheidungen, Amtliche Sammlung IV, S. 395 f., Erwägung 7) ausgeführt, daß die den Grundeigenthümern durch das bernische Dekret vom 10. März 1868 auferlegten Kostenbeiträge an das Unternehmen der Juragewässerkorrektion sich als öffentliche Leistungen qualifiziren und daher hierauf bezügliche Streitigkeiten nicht als Rechtssachen erscheinen, sondern nach dem kantonalen Gesetze über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen vom 20. März 1854 im Administrativprozeßwege zu erledigen sind. Hieran ist durchaus festzuhalten. Der Staat fordert die streitigen Mehrwerthsbeiträge nicht gestützt auf ein Rechtsverhältniß des Privatrechts, etwa wegen nützlicher Verwendung und dergleichen, sondern kraft öffentlichen Rechts; dieselben sind den betheiligten Grundeigenthümern vom Staat durch gesetzgeberische Anordnung, kraft seines Hoheitsrechtes, zum Zwecke der Ausführung eines öffentlichen Werkes auferlegt worden; sie erscheinen daher als öffentliche Leistungen, ähnlich wie Grundsteuern und dergleichen. Es kann denn auch bei unbefangener Prüfung der einschlägigen allgemeinen und speziellen Bestimmungen der bernischen Gesetzgebung (vergleiche das citirte Gesetz vom 20. März 1854, §§ 26 und 47 des Gesetzes vom 3. April 1857 über den Unterhalt und die Kor-

rektion von Gewässern u. s. w., das Dekret vom 10. März 1868) nicht der mindeste Zweifel darüber obwalten, daß die kantonale Gesetzgebung solche dem betheiligten Grundeigenthum auferlegte Leistungen für Korrektion öffentlicher Gewässer, Austrocknung von Möösern u. s. w. als öffentliche Leistungen betrachtet und behandelt wissen will. Demnach ist aber das Bundesgericht in vorliegender Sache nicht kompetent.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf Klage und Widerklage wird wegen Inkompetenz des Bundesgerichtes nicht eingetreten.

---

58. Urtheil vom 9. Juli 1887 in Sachen Vogt gegen Bern.

A. Durch Beschluß des Regierungsrathes des Kantons Bern vom 5. Januar 1877 wurde Dr. Adolf Vogt, Arzt in Bern, zum ordentlichen Professor für Gesundheitspflege und Sanitätsstatistik an der Hochschule Bern mit einer jährlichen Besoldung von 5000 Fr. ernannt. Am 30. Dezember 1885 beschloß der Regierungsrath, die Besoldung des Professors Vogt um 2000 Fr. zu reduziren; er theilte dies demselben mit Schreiben vom 6. Januar 1886 mit, indem er bemerkte: Es sei im Regierungsrathe, in der Staatswirthschaftskommission, sowie im Großen Rathe schon mehrmals Reklamation erhoben worden, weil Professor Vogt seine Vorlesungen nicht regelmäßig, sondern nur hie und da während eines Semesters abhalte. Mit Rücksicht darauf habe der Regierungsrath die erwähnte Herabsetzung der Besoldung beschlossen. Professor Vogt ersuchte den Regierungsrath durch Schreiben vom 13. Januar 1886, auf diese Schlußnahme zurückzukommen; er führte aus, er habe stets die vorgeschriebene Zahl von Vorlesungsstunden angekündigt und die angekündigten Vorlesungen auch abgehalten, sofern sich mindestens zwei Zuhörer angemeldet haben. Die Gründe zu untersuchen,

warum die von ihm angekündigten Vorlesungen von den Studenten nur sporadisch belegt worden seien, sei hier nicht der Ort; hier sei blos zu konstatiren, daß er seinerseits die ihm nach dem Hochschulgesetze obliegenden Pflichten stets vollständig erfüllt habe. Der Regierungsrath beharrte indeß, wie er dem Professor Vogt durch Schreiben vom 16. Januar mittheilte, auf seinem Beschlusse vom 30. Dezember 1885.

B. Mit Klageschrift vom August 1886 stellt nunmehr Professor Vogt beim Bundesgerichte die Anträge:

1. Der Fiskus des Kantons Bern sei schuldig, dem Herrn Dr. Adolf Vogt, als Professor für Gesundheitspflege und Sanitätsstatistik an der bernischen Hochschule die jährliche Besoldung von 5000 Fr. wie bisher, in vierteljährlichen Raten fortzuentrichten, so lange derselbe die ihm nach dem Hochschulgesetze obliegenden Leistungen zur Verfügung stellt.

2. Der Fiskus des Kantons Bern sei demnach auch schuldig, dem Herrn Professor Vogt die rückständigen Besoldungsbetreffnisse für das erste und zweite Trimester des laufenden Jahres 1885 mit je 500 Fr., nebst gesetzlichem Verzugszins, nachzubezahlen.

Alles unter Kostenfolge.

Aus der Begründung dieser Begehren ist Folgendes hervorzuheben: Der Anspruch des Beamten auf seinen Gehalt sei, wie in der Doktrin und in der Praxis des Bundesgerichtes anerkannt sei, und speziell nach bernischem Rechte (§ 83, Absatz der Kantonsverfassung) nicht bezweifelt werden könne, privatrechtlicher Natur und könne daher vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden. Die Klage richte sich gegen einen Kanton und der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. sei gegeben. Denn das prinzipale Rechtsbegehren beziehe sich auf periodische Leistungen, deren Werth den Betrag von 3000 Fr. bei Weitem übersteige. Auch wenn man das Hauptbegehren als bloße Anerkennungsklage betrachten wolle, so sei eine solche Klage nach allgemeinen Grundsätzen und nach bernischer und bundesgerichtlicher Praxis statthaft; der Kläger habe sowohl ein rechtliches als ein materielles Interesse daran, zu wissen, ob er seine bisherige Besoldung von 5000 Fr., oder blos eine solche von

3000 Fr. zu beanspruchen habe. Das Bundesgericht sei somit gemäß Art. 27, Z. 4. des Organisationsgesetzes kompetent und die Klage zuläßig. In der Sache selbst sei zu bemerken: Die Anstellung des Professors Vogt sei eine lebenslängliche, denn nach dem Gesetze über das höhere Gymnasium und die Hochschule vom 14. März 1834 sei jedenfalls die Anstellung ordentlicher Professoren der bernischen Hochschule, sofern etwas Anderes im Ernennungsakte nicht ausdrücklich bestimmt sei, eine lebenslängliche. Dies sei zwar im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, folge aber mit zwingender Nothwendigkeit aus den Bestimmungen der Art. 40, 41, 43, 47 und 49 dieses Gesetzes und sei auch von den bernischen Behörden stets anerkannt worden, wie sich u. A. aus den Berathungen über das Hochschulgesetz, über die Kantonsverfassung von 1846 und den Verfassungsentwurf von 1884, aus einem Urtheile des bernischen Obergerichtes vom 6. Mai 1847 in Sachen des Professors Wilhelm Snell (Zeitschrift für vaterländisches Recht, Band X, S. 17 und ff.) und sogar auch aus den im Großen Rathe über das Anstellungsverhältniß des Klägers gepflogenen Verhandlungen ergebe. Dem Kläger stehe somit, so lange er wenigstens nicht in gesetzmäßiger Weise seiner Stelle enthoben werde, ein wohlerworbenes Recht auf den Fortbezug der ihm zugesicherten Jahresbesoldung von 5000 Fr. zu. Er, der Kläger, habe seinerseits die ihm obliegenden Pflichten stets vollständig erfüllt. Allerdings seien die von ihm zur Verfügung gestellten Dienste nicht vollständig benutzt worden, allein dies sei nicht die Schuld des Klägers, sondern die Folge verschiedener Verumständungen, wie der mangelhaften Ausstattung seines Lehrstuhls, der bestehenden Studien- und Examenordnungen u. s. w., und befreie den Staat nicht von der versprochenen Gegenleistung.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Klage legt der Regierungsrath des Kantons Bern zunächst die Motive dar, welche ihn zu seiner Schlußnahme vom 30. Dezember 1885 veranlaßt haben und führt sodann in rechtlicher Beziehung aus: Es lasse sich wohl nicht bestreiten, daß der Kläger einen privatrechtlichen Anspruch auf die volle, ihm zugesicherte Besoldung

für die bereits verflossene Zeit besitze; der bernische Fiskus unterziehe sich daher dem zweiten, auf Nachbezahlung der Besoldungsdifferenz für das erste und zweite Trimester 1886 nebst Verzugszins gerichteten Klageschlusse, unter Uebernahme des entsprechenden Kostenantheils. Auch werden die Differenzen der seither verfallenen Trimester dem Kläger ohne Weiteres nachbezahlt werden. Damit sei der regierungsräthliche Beschluß vom 30. Dezember 1885 annullirt und der eigentliche aktuelle Streit zwischen den Parteien erledigt. Dagegen bestreite der Beklagte bezüglich des ersten Klageschlusses die Kompetenz des Bundesgerichtes, sowie die Zuläßigkeit und Begründetheit des Anspruches. Auch eine Anerkennungs- oder Feststellungsklage setze, wie eine Klage auf konkrete Leistung, eine Rechtsverletzung voraus. Eine solche liege nun, soweit es das erste Klagebegehren anbelange, gar nicht vor. Dieses Rechtsbegehren tendire wesentlich dahin, feststellen zu lassen, daß der Kläger lebenslänglich angestellt sei. Darum handle es sich aber gar nicht, da der Regierungsbeschluß vom 30. Dezember 1885 die Frage der Lebenslänglichkeit der Anstellung des Klägers mit keinem Worte berührt habe. Wäre übrigens die Regierung davon ausgegangen, die Professur des Klägers sei eine blos zeitweilige, so hätte sie die Zuschrift des Klägers vom 13. Januar 1886 mit einer Kündigung beantwortet. Die Professur des Klägers sei eine öffentlich-rechtliche Beamtung; zuzugeben werde allerdings sein, daß der aus dem Anstellungsverhältnisse hervorgehende Anspruch auf die zugesicherte Besoldung insoweit privatrechlicher Natur sei, als er sich auf bereits verfallene Vergütungen beziehe. Dagegen greife die beantragte Feststellung der Kontinuität der Anstellung für die Zukunft in das publizistische Gebiet über. Das bezügliche Klagebegehren greife einer etwaigen Revision des Hochschulgesetzes, wodurch auch für die Universitätsprofessoren die periodische Amtsdauer eingeführt würde, und selbst solchen Verfügungen, welche die Regierung auf Grund des bestehenden Gesetzes zu treffen berechtigt sei, wie einer Pensionirung des Klägers, vor. Das gehe aber nicht an. Es müsse insbesondere festgehalten werden, daß der Gesetzgeber berechtigt sei, auch für die Hochschullehrer, sobald er den Zeitpunkt dazu

als geeignet erachte, die periodische Wiederwahl einzuführen, wie er dies bereits für die Geistlichen und die übrigen Lehrer gethan habe. Demnach werde beantragt:

1. Es sei auf das Hauptbegehren des Herrn Professor Dr. Adolf Vogt bei mangelnder Kompetenz des Civilrichters nicht einzutreten, oder aber:

2. Es sei dieses Begehren abzuweisen.

Alles unter Kostenfolge.

D. In seiner Replik bemerkt der Kläger: Er wisse nicht, ob der Staat Bern ihm seine Besoldung wirklich fortbezahlen wolle, so lange er seine Stelle bekleide; die verfallenen Besoldungsraten seien zwar anerkannt und letzter Tage auch ausbezahlt worden. Allein er stehe immer noch vor den Abweisungsschlüssen der Gegenpartei und müsse verlangen, daß durch Urtheil eine klare Lage geschaffen werde. Er habe nie daran gedacht, daß er nicht unter Umständen pensionirt werden könnte; diesen Entlassungsgrund betrachte er als selbstverständlich und es sei derselbe bereits in seinem Rechtsbegehren enthalten. Ebenso werde die Frage, ob durch eine zukünftige Verfassungs- oder Gesetzesänderung seine Anstellung oder Besoldung ohne Entschädigung wegdekretirt werden könnte, zur Zeit eine offene bleiben müssen; über diese Frage könnte das Bundesgericht wohl nur als Staats-, nicht aber als Civilgerichtshof entscheiden. Heute werde es sich blos um den Zuspruch seiner Klage rebus sic stantibus handeln können. Immerhin bemerke er schon jetzt, daß er dem Staat das Recht bestreite, seine lebenslängliche Anstellung durch irgend ein Gesetz aufzuheben. Sein erstes Rechtsbegehren habe demnach, wie sich übrigens aus dem ganzen Inhalte der Klage ergebe, blos den Sinn, daß der Fiskus des Kantons Bern ihm seine Besoldung für so lange zu fortzuentrichten habe, als er seine Dienste zur Verfügung halte und nach der bestehenden Gesetzgebung als lebenslänglich angestellt betrachtet werden dürfe. Sollte die Gesetzgebung ändern, so behalte er sich alle Rechte vor.

E. Duplikando bemerkt der Regierungsrath des Kantons Bern, er gehe mit dem Kläger darin einig, daß zur Zeit vom Bundesgericht nicht darüber entschieden werden könne, ob eine

Aufhebung der Anstellung des Klägers zufolge Verfassungs- oder Gesetzesänderung Entschädigungsfolgen für den Staat nach sich ziehen würde. Angesichts des sachbezüglichen Zugeständnisses des Klägers sei es aber unbegreiflich, daß derselbe überhaupt noch auf seinem Hauptbegehren beharre. Es könne das nur den Zweck haben, seine Amtseinkünfte für alle Zukunft feststellen zu lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung.

1. Das zweite Rechtsbegehren der Klage ist durch Anerkennung Seitens des Beklagten erledigt, so daß darüber nicht mehr zu entscheiden ist.

2. Die vom Beklagten gegen die Kompetenz des Bundesgerichtes rücksichtlich des ersten Rechtsbegehrens erhobene Einwendung ist unbegründet. Der Anspruch des Beamten auf Besoldung ist, wenn auch das Beamtenverhältniß selbst dem öffentlichen Rechte angehört, privatrechtlicher Natur, wie dies das Bundesgericht bereits in wiederholten Entscheidungen anerkannt hat (vergleiche z. B. Amtliche Sammlung IX, S. 212, Erwägung 2). Es wird dies denn auch von der beklagten Regierung grundsätzlich eigentlich nicht bestritten, denn sie erkennt ja die privatrechtliche Natur des Anspruches des Klägers auf die verfallenen Besoldungsraten ausdrücklich an. Es ist aber doch völlig klar, daß der Anspruch des Beamten auf Besoldung nicht erst durch den Eintritt des Fälligkeitstermins zu einem privatrechtlichen werden kann, sondern daß er dies, wenn ihm diese Eigenschaft überhaupt zukommt, von vorneherein, vom Momente seiner rechtlichen Begründung an, sein muß. Richtig ist allerdings, daß, wenn auch der Beamte einen privatrechtlichen Anspruch auf die ihm durch seinen Ernennungsakt zugesicherte Besoldung besitzt, ihm doch ein Privatrecht auf Verwaltung seines Amtes nicht zusteht, so daß er im Falle widerrechtlicher Enthebung vom Amte (wenigstens im Civilprozeß) nicht auf Wiedereinsetzung in sein Amt, sondern nur auf Gewährung der mit demselben verbundenen Besoldung, beziehungsweise auf Entschädigung klagen kann. Allein ein Recht auf fortdauernde Bekleidung seins Lehrstuhls hat der Kläger gar nicht eingeklagt, sondern er hat lediglich auf Ausrichtung der

ihm durch seinen Ernennungsakt verheißenen Besoldung für so lange, als er seine Dienste zur Verfügung halte, resp. als sein Anstellungsverhältniß dauere, geklagt. Dieser Anspruch aber ist, wie bemerkt, privatrechtlicher Natur.

3. Ebensowenig ist die weitere Einwendung stichhaltig, daß eine Klage, wie sie im Rechtsbegehren 1 des Klägers erhoben werde, überhaupt unstatthaft sei. Mag man diese Klage als Leistungs- (kondemnatorische) Klage (auf zukünftige Leistungen) oder als bloße Feststellungsklage betrachten, so ist jedenfalls an deren rechtlicher Zuläßigkeit nicht zu zweifeln. Betrachtet man die Klage, wie Beklagter dies thut, als Feststellungsklage, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß das zur Erhebung einer solchen Klage erforderliche rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung eines Rechtsverhältnisses hier vorliegt. Der Kläger hat ohne Zweifel ein rechtliches Interesse daran, daß sofort festgestellt werde, die beklagte Regierung habe ihm die verheißene Besoldung für die ganze Dauer seines Anstellungsverhältnisses (und nicht nur, was die beklagte Regierung expressis verbis einzig anerkannt hat, soweit die Besoldungsraten bereits fällig geworden sind) zu entrichten, zumal da ja die beklagte Regierung ihre sachbezügliche Verpflichtung durch ihren Beschluß vom 30. Dezember 1885 thatsächlich negirt hatte.

4. Ist somit das Bundesgericht zuständig und die Klage zuläßig, so muß dieselbe in demjenigen Sinne, wie dies durch den Kläger in seiner Replik präzisirt worden ist, ohne Weiteres gutgeheißen werden. Die beklagte Regierung hat gegen dieselbe etwas Erhebliches gar nicht eingewendet; sie hat nicht etwa behauptet, daß der Kläger nur auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung angestellt sei, sondern hat vielmehr die, übrigens zur Evidenz nachgewiesene, Behauptung des Klägers, daß seine Anstellung eine lebenslängliche sei, wenigstens indirekt zugegeben. Alles was die beklagte Regierung einwendet, läuft darauf hinaus, daß durch das im gegenwärtigen Prozesse zu erlassende Urtheil der Frage nicht präjudizirt werden dürfe, ob nicht das Anstellungsverhältniß des Klägers und damit sein Anspruch auf Gehalt, wie anerkanntermaßen durch Pensionirung, Absetzung oder Abberufung auf Grund der gegenwärtig

geltenden kantonalen Gesetzgebung, so auch durch Aenderung der Verfassung oder Gesetzgebung (ohne Entschädigung) aufgehoben werden können. Einen richterlichen Entscheid hierüber hat aber der Kläger, nach den in seiner Replik abgegebenen Erklärungen, gar nicht beantragt; er erklärt vielmehr ausdrücklich, daß er Zuspruch der Klage nur « rebus sic stantibus, » d. h. auf Grund der gegenwärtigen rechtlichen Sachlage, wo ein rechtlicher Beendigungsgrund seines Anstellungsverhältnisses unzweifelhaft nicht eingetreten ist, verlange.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Klage, soweit noch streitig, ist gutgeheißen und es wird mithin der Fiskus des Kantons Bern schuldig erklärt, dem Kläger eine jährliche Besoldung von 5000 Fr. in vierteljährlichen Raten für so lange zu entrichten, als der Kläger die ihm nach dem Hochschulgesetze obliegenden Leistungen zur Verfügung stellt und nach der bestehenden Gesetzgebung als lebenslänglich angestellt betrachtet werden darf.

LAUSANNE. — IMP. GEORGES BRIDEL.

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN
ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice.

59. Urtheil vom 28. Oktober 1887 in Sachen Stigler.

A. August Stigler, Ingenieur, deutscher Angehöriger, wohnhaft in Mailand, hat mit der Verwaltung des Kurhauses Tarasp-Schuls einen Vertrag über Erstellung einer elektrischen Beleuchtungsanlage abgeschlossen. Durch Vertrag, datirt Mailand und Frankfurt, 4./22. Januar 1886, übertrug er die Ausführung verschiedener für diese Beleuchtungsanlage erforderlicher Apparate und Maschinen dem J. G. Möhring in Frankfurt a./M. Nach Erstellung und Kollaudation des Werkes entstanden zwischen Stigler und Möhring Differenzen, welche den letztern veranlaßten, auf ein Guthaben des erstern bei der Verwaltung des Kurhauses Tarasp-Schuls im Betrage von 8071 Fr. 52 Cts. Arrest zu legen und hernach beim Bezirksgerichte Inn Klage (auf Zahlung von 8071 Fr. 52 Cts. und 10,800 Fr. sammt Zinsen) zu erheben. Der Präsident des Bezirksgerichtes Inn theilte mit Verfügung vom 18. Januar 1887 die Klageschrift dem August Stigler mit, unter der Aufforderung, seine Antwort darauf nebst allfälligen Gegenfragen innert der Frist von 30 Tagen einzureichen. Durch Eingabe an das Bezirksgericht Inn vom 15. Februar 1887

zeigte A. Stigler an, daß er die Kompetenz dieses Gerichtes bestreite und reichte daraufhin, gemäß der graubündnerischen Civilprozeßordnung, dem kleinen Rathe des Kantons Graubünden seine sachbezügliche Beschwerdeschrift ein, in welcher er geltend machte, der zwischen ihm und Möhring abgeschlossene Vertrag vom 4./22. Januar 1886 gebe als Ort des Abschlusses Frankfurt und Mailand an; derselbe schreibe ferner vor, daß entstehende Kontestationen durch ein Schiedsgericht zu entscheiden seien, das, gemäß einer besondern nachträglichen Vereinbarung, seinen Sitz in München haben solle. J. G. Möhring wendete hiegegen ein, die Bestreitung des graubündnerischen Gerichtsstandes sei verwirkt, weil die Erhebung der Gerichtsstandseinrede nicht binnen der in Art. 90 und 284 der Civilprozeßordnung festgesetzten peremtorischen Frist von 14 Tagen dem Gerichte angezeigt worden sei. Der Kleine Rath des Kantons Graubünden wies auch wirklich durch Entscheidung vom 5. Juli 1887 die Beschwerde des A. Stigler als verwirkt ab, davon ausgehend, daß die in Art. 90, letztem Absatz der graubündnerischen Civilprozeßordnung, für Erhebung der Gerichtsstandseinrede festgesetzte vierzehntägige Frist eine peremtorische und unerstreckbare sei und hieran die Ausdehnung der Antwortfrist auf 30 Tage durch das Bezirkspräsidium Inn um so weniger etwas ändern könne, als sich dieselbe offenbar nur auf den Termin zur Einlegung der gewöhnlichen Prozeßgegeneingabe, nicht aber auf Erhebung der Gerichtsstandseinrede beziehen könne.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff A. Stigler den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift macht er im Wesentlichen folgende Gesichtspunkte geltend: Ein kantonales Prozeßgesetz wirke nicht über die Grenzen des Kantons hinaus. Einen im Auslande wohnenden Ausländer auf Klage eines andern, ebenfalls im Auslande wohnenden Ausländers hin der Herrschaft eines solchen Gesetzes unterwerfen, zumal wenn, wie im vorliegenden Falle, ein ausländisches Forum vertraglich ausbedungen sei, heiße einen willkürlichen Eingriff in internationales Recht begehen. Durch den vom Rekursbeklagten ausgewirkten Arrest, welchem blos die Bedeu-

tung einer vorsorglichen Maßnahme zukomme, habe ein Gerichtsstand in Graubünden selbstverständlich nicht begründet werden können. Die bundesrechtliche Praxis habe anerkannt, daß außerhalb des Herrschaftsgebietes eines kantonalen Prozeßgesetzes wohnende Schweizerbürger ihre verfassungsmäßigen Rechte durch Nichtbeobachtung formeller Vorschriften dieses Gesetzes nicht verwirken. Auch gegenüber von Ausländern werde festzuhalten sein, daß eine Rechtsverweigerung darin läge, wenn dieselben wegen eines Verstoßes gegen eine Prozeßrechtsbestimmung, der sie gar nicht unterworfen seien, erworbener Rechte beraubt würden. Im vorliegenden Falle komme noch besonders in Betracht, daß der der bündnerischen Gesetzgebung durchaus unkundige Rekurrent, nachdem ihm vom Gerichtspräsidenten ein Termin von dreißig Tagen zur Einreichung der Antwort bestimmt worden sei, nothwendigerweise der Ansicht habe sein müssen, daß die gleiche Frist auch für Erhebung der Kompetenzeinrede gelte. Es sei dies übrigens auch ganz richtig und die gegentheilige Anschauung des Kleinen Rathes des Kantons Graubünden beruhe auf einer ganz willkürlichen Auslegung des Gesetzes. Die gesetzliche Frist zu Erhebung der Kompetenzeinrede sei die gleiche wie die Antwortfrist, sie könne also in gleicher Weise wie diese durch den Gerichtspräsidenten erstreckt werden. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht wolle: 1. vorstehenden Rekurs für begründet erklären und hienach 2. den Kleinen Rath des Kantons Graubünden veranlaßen, auf das meritum unserer Gerichtsstandseinrede einzutreten. 3. Kostenfolge.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde macht der Rekursbeklagte J. G. Möhring im Wesentlichen geltend: Der Rekurrent stütze sich weder auf eine Verfassungsverletzung noch auf eine Verletzung von Staatsverträgen und könne dies auch nicht. Demnach sei aber das Bundesgericht gemäß Art. 59 O.-G. zu Beurtheilung der Beschwerde nicht kompetent. Eine allgemeine Berufung auf angebliche Grundsätze des „internationalen Rechtes" sei unzuläßig. Uebrigens sei es auch gar nicht sinnwidrig, daß ein Ausländer, der in der Schweiz kein Domizil habe, dort an demjenigen Orte belangt

werde, wo er Vermögen besitze. Gerade die Civilprozeßordnung des deutschen Reichs, welchem beide Parteien angehören, statutire gegenüber Ausländern, die in Deutschland keinen Wohnsitz haben, den Gerichtsstand des „Vermögens." Dem entspreche nach graubündnerischem Rechte der Gerichtsstand des Arrestes. Dieser Gerichtsstand stehe weder mit der Bundesverfassung noch mit Staatsverträgen, noch überhaupt mit sog. Grnndsätzen des internationalen Rechtes in Widerspruch. Selbstverständlich sei dann, daß für alle im Kanton Graubünden vorzunehmenden Prozeßhandlungen ausschließlich das graubündnerische Prozeßrecht gelte. Ob der Kleine Rath, indem er die Gerichtsstandseinrede des Rekurrenten als verwirkt erklärte, das kantonale Prozeßrecht richtig angewendet habe, entziehe sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Von einer Rechtsverweigerung könne keine Rede sein, da ja der Kleine Rath die Beschwerde des Rekurrenten angenommen, geprüft und entschieden habe. Uebrigens habe der Kleine Rath das kantonale Gesetz ganz richtig angewendet. Für die Anzeige an das Gericht, daß seine Zuständigkeit bestritten werde, gelte die vierzehntägige Frist des Art. 90 der Civilprozeßordnung; diese sei (zum Unterschiede von den Fristen für Eingabe der Rechtsschriften) eine peremtorische, schlechthin unerstreckbare. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht wolle: a. auf den Rekurs des A. Stigler wegen Inkompetenz nicht eintreten; b. eventuell denselben weil unbegründet abweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da der Rekurrent behauptet, die angefochtene Entscheidung des Kleinen Rathes involvire eine Rechtsverweigerung, so ist das Bundesgericht zu Beurtheilung der Beschwerde insoweit kompetent, als es zu prüfen hat, ob eine Rechtsverweigerung wirklich vorliege. Ob ein staatsrechtlicher Rekurs an das Bundesgericht auch wegen Verletzung „allgemeiner internationaler Rechtsgrundsätze" statthaft sei, oder ob die Kompetenz des Bundesgerichtes sich auf diejenigen Fälle beschränke, wo solche völkerrechtliche Grundsätze in Frage stehen, welche durch Staatsverträge anerkannt sind, (s. Entscheidungen, Amtliche Sammlung XI, S. 413, Erwägung 3), kann dahin gestellt bleiben.

Denn der Rekurrent erblickt eine Verletzung internationaler Rechtsgrundsätze in den gleichen Momenten, in welchen auch eine Rechtsverweigerung liegen soll.

2. Grundsätzlich nun kann darin, daß dem Rekurrenten gegenüber der Gerichtsstand des Arrestes zur Geltung gebracht und derselbe in Bezug auf die Bestreitung dieses Gerichtsstandes den Vorschriften der bündnerischen Civilprozeßordnung unterworfen wurde, eine Rechtsverweigerung ebensowenig wie eine Verletzung sog. völkerrechtlicher Grundsätze erblickt werden. Irgendwelche völkerrechtliche Norm, wodurch der gedachte, bekanntlich in vielen Civilprozeßordnungen anerkannte Gerichtsstand im internationalen Verkehr ausgeschlossen würde, besteht nicht und es ist anerkannten Rechtens, daß für im Inlande geführte Prozesse, mögen nun die Parteien In- oder Ausländer sein, lediglich das inländische Prozeßrecht gilt.

3. Ebensowenig liegt in der Annahme des Kleinen Rathes des Kantons Graubünden, die Gerichtsstandseinrede des Rekurrenten sei verwirkt, eine Rechtsverweigerung. Diese Annahme beruht auf einer Auslegung des kantonalen Gesetzesrechtes, welche sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzieht; als ein Akt willkürlicher, den Rekurrenten einer ausnahmsweisen Behandlung unterwerfender, Gesetzesanwendung kann dieselbe jedenfalls nicht bezeichnet werden; sie beruht vielmehr zweifellos auf sachlichen, aus dem Wortlaute und Zusammenhange der kantonalen Gesetzgebung geschöpften, Gründen.

4. Der Rekurs muß somit als unbegründet abgewiesen werden. Dagegen ist dabei Folgendes zu bemerken: Die vom Rekurrenten erhobene Einwendung, die Sache gehöre nicht vor die ordentlichen Gerichte, sondern kraft Schiedsvertrages vor ein Schiedsgericht, qualifizirt sich nicht als prozeßualische Kompetenzbestreitung, sondern als eine Einrede des materiellen Privatrechts; sie negirt nicht, daß die staatsrechtlichen Voraussetzungen der Kompetenz des angerufenen ordentlichen Gerichtes gegeben seien, sondern sie macht geltend, daß die Gegenpartei vertraglich verpflichtet sei, ihre Ansprüche dem Spruche eines Schiedsgerichtes zu unterwerfen. Ueber diese Einwendung ist daher nach graubündnerischem Rechte überhaupt nicht vom

Kleinen Rathe, der blos über Gerichtsstandsfragen im eigentlichen Sinne des Wortes zu entscheiden hat, sondern vom ordentlichen Richter zu urtheilen; dies wird denn auch in § 462 Lemma 3 des bündnerischen Privatrechts ausdrücklich ausgesprochen und ist vom Bundesgerichte bereits früher anerkannt worden (s. Entscheidung vom 11. Juli 1881, in Sachen Cumbels und Genossen gegen Graubünden, Erwägung 4 a, Amtliche Sammlung VII, S. 283.) Der Rekurrent ist daher trotz der Verwirkung seiner Gerichtsstandseinrede berechtigt, diese Einwendung vor dem von der Gegenpartei angerufenen ordentlichen Gerichte geltend zu machen, während er allerdings mit seiner Einrede gegen die staatsrechtliche Kompetenz dieses Gerichtes (deren Mangel auch dessen Befugniß, über die Einwendung des Schiedsvertrages zu entscheiden, ausschließen würde) präkludirt ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

---

60. Urtheil vom 11. November 1887 in Sachen Vogel.

A. Der Rekurrent C. Vogel-von Meiß, als Eigenthümer der Papierfabrik Cham und die Spinn- und Weberei im Hagedorn (Cham) besitzen für ihre Fabriketablissements Wasserrechte an der Lorze; der Rekurrent (dessen Etablissement oberhalb der Spinn- und Weberei im Hagedorn liegt), führte nun eine Wuhrbaute aus, von der die Spinn- und Weberei im Hagedorn behauptete, daß dieselbe in ihr Recht eingreife. Es kam hierüber zum Prozesse und die erste Instanz, das Kantonsgericht von Zug, erkannte durch Urtheil vom 31. Januar 1887, gestützt u. A. auf das Gutachten Sachverständiger, im Wesentlichen zu Gunsten der als Klägerin aufgetretenen Spinn- und Weberei im Hagedorn, indem es aussprach, „es sei gerichtlich anerkannt, das vom Beklagten gebaute Wuhr bestehe „nicht zu Recht und es sei derselbe daher pflichtig, dasselbe in

„den vertraglichen Zustand zu versetzen. Das weitere Begehren „betreffend Schwellenmeisterinstruktion sei im Sinne der Er„wägung Nr. 20 abgewiesen." Gegen dieses Urtheil appellirte C. Vogel-von Meiß an das Obergericht des Kantons Zug. Vor Obergericht stellte derselbe in erster Linie das Begehren um Anordnung einer neuen Expertise über verschiedene von ihm bezeichnete Pnnkte. Durch Erkenntniß vom 8. Juni 1887 bewilligte das Obergericht in Anwendung von § 113 und 114 Alinea 3 der zugerschen Civilprozeßordnung die neue Expertise mit dem Beifügen: „Es sei Appellant pflichtig, das Experten„gutachten unter Ausschlußfrist innert 2 Monaten nach Ab„haltung der Expertise der Gerichtskanzlei einzureichen." Am 11. Juni bezeichnete der Obergerichtspräsident als Experten den Ingenieur Rengelrod in Kriens und den Ingenieur Stadtrath Spillmann in Zug, welche beide das Mandat annahmen. Am 21. Juli 1887 fand die Beaugenscheinigung des Streitobjektes durch die Obergerichtskommission und die Experten in Gegenwart der Parteien statt. Laut Protokoll machte dabei der Obergerichtspräsident die Experten mit dem Gegenstande der Expertise bekannt und ersuchte sie, unter Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen der Civilprozeßordnung, das Gutachten innert zwei Monaten de dato der Gerichtskanzlei einzugeben. Im Fernern enthält das Protokoll folgenden Passus: „Herr Ingenieur Rengelrod macht aufmerksam, daß „er als Angestellter des Herrn Bell in Kriens vielbeschäftigt „sei, er sich daher mit der gestellten Frist von zwei Monaten „nicht befreunden könne, womit Herr Ingenieur Spillmann „einverstanden ist. Die HH. Anwälte sind einverstanden, even„tuell die Frist beim Gerichte verlängern zu lassen." Mit Schreiben an die Gerichtskanzlei Zug vom 22. August 1887 stellte der Experte Rengelrod das Gesuch, es möchte das Obergericht die Frist zu Abgabe des Expertengutachtens um vier Wochen verlängern. Die Gerichtskanzlei erwiderte hierauf am 24. August, sie habe dieses Gesuch dem Obergerichtspräsidenten mitgetheilt und von diesem den Auftrag erhalten, zu erwidern, daß dasselbe seiner Zeit dem Obergerichte werde unterbereitet und ihm höchst wahrscheinlich werde entsprochen werden. Auf ein

neues Fristerstreckungsgesuch des Experten Rengelrod vom 5. September 1887 erwiderte die Gerichtskanzlei am 7. September, das Gesuch habe dem Obergerichte nicht vorgelegt werden können, weil dasselbe sich seither nie versammelt habe und nicht als angezeigt erschienen sei, deßhalb eine Extrasitzung abzuhalten; er dürfe übrigens nicht zweifeln, daß seinem Gesuche entsprochen werde. Durch Schreiben an die Gerichtskanzlei vom 17. September konstatirte hierauf Ingenieur Rengelrod, daß er auf sein Fristverlängerungsgesuch vom 22. August 1887 noch immer einen Entscheid des Obergerichtes nicht erhalten habe, daß er aber nach dem Vorangegangenen wohl annehmen dürfe, daß demselben entsprochen und die in einigen Tagen zu Ende gehende Frist erstreckt werde. Am 26. August hatte auch der Rekurrent an das Obergericht das Begehren gestellt, es sei ihm eine Fristverlängerung von zwei Monaten, eventuell so viel Zeit als nöthig, zu Eingabe des Expertengutachtens einzuräumen. Die beklagte Partei protestirte nun aber durch Eingabe vom 16. September gegen dieses Gesuch, indem sie sich darauf berief, es sei eine zweite Expertise nur unter der Bedingung gestattet worden, daß das Gutachten innerhalb zwei Monaten nach Abhaltung der „Expertise" der Gerichtskanzlei eingereicht werde. Am 24. September 1887 zog das Obergericht das Fristverlängerungsgesuch in Behandlung und wies dasselbe ab, weil keine hinlänglichen Gründe für eine Fristverlängerung vorliegen; dem Rekurrenten hätte es obgelegen, dem Gerichtspräsidenten nur solche Experten vorzuschlagen, welche in der Lage gewesen wären, ihr Gutachten innert der festgesetzten Frist einzureichen; der Experte Rengelrod habe eine Verzögerung der Abgabe des Gutachtens veranlaßt; es ergebe sich aus baulichen Veränderungen, welche der Rekurrent bezüglich des Streitobjektes vornehme, daß es demselben weniger um Beibringung des Expertengutachtens als um möglichste Verzögerung des Entscheides zu thun sei. Die beklagte Partei glaube durch die lange Pendenz des Prozesses fast tagtäglich in ihren Interessen geschädigt zu sein.

B. Gegen diese Entscheidung ergriff C. Vogel-von Meiß den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Er führt

aus: Die angefochtene Entscheidung involvire eine Rechtsverweigerung. Die Expertise sei ein gesetzliches Beweismittel und es sei dem Rekurrenten eine zweite Expertise vom Obergerichte grundsätzlich bewilligt worden. Da der Experte Gehülfe des Richters sei und von diesem ernannt nnd instruirt werde, so habe es nicht Sache der Partei sein können, für Beibringung des Expertengutachtens binnen der festgesetzten Frist zu sorgen; die Partei treffe an der Verzögerung der Expertise keine Schuld. Sache des Gerichtes, resp. seines Präsidenten sei es gewesen, das Expertengutachten einzuholen. Es sei somit dem Rekurrenten ein gesetzliches Beweismittel und damit das rechtliche Gehör in Betreff der durch die neue Expertise zu beweisenden Punkte verweigert worden. Ferner seien anfänglich die Anwälte beider Parteien einverstanden gewesen, daß eventuell den Experten für Einreichung ihres Gutachtens eine Fristverlängerung gewährt werde. Ueber diese Verständigung zwischen den Parteien habe das Gericht, obschon allerdings später die beklagte Partei ihr Wort zurückgezogen habe, sich nicht hinwegsetzen dürfen. In gleichen Fällen und unter ähnlichen Voraussetzungen habe das Gericht sonst stets Fristverlängerung gewährt, wie aus einem Amtszeugniß der Gerichtskanzlei sich ergebe. Demnach wird in der Hauptsache beantragt: Es sei die Rekursbeschwerde als begründet zu erklären und daher die angefochtene Schlußnahme des Obergerichtes des Kantons Zug vom 24. September 1887 aufzuheben, unter Kostenfolge.

C. Gleichzeitig mit seinem Hauptbegehren stellte der Rekurrent beim Bundesgericht das Begehren, es sei die Hauptverhandlung vor dem Obergerichte des Kantons Zug bis nach Erledigung des staatsrechtlichen Rekurses zu sistiren. Dieses Begehren wurde aber durch Verfügung des Bundesgerichtspräsidenten vom 19. Oktober 1887 verworfen. In der Hauptverhandlung vor dem Obergerichte des Kantons Zug vom 22. Oktober stellte daraufhin der Rekurrent das Begehren, es sei auf die Sache solange nicht einzutreten, bis der beim Bundesgerichte hängende staatsrechtliche Rekurs entschieden sein werde, es wäre denn, daß das Obergericht von sich aus auf seine Schlußnahme vom 24. September zurückkommen und die

verlangte Fristverlängerung zur Einlegung des Gutachtens bewilligen würde, eventuell es sei in der Sache kein Urtheil zu erlassen, bis der vom Bundesgerichte zu behandelnde staatsrechtliche Rekurs erledigt sein werde. Das Obergericht wies dieses Begehren ab; daraufhin verließ der Rekurrent das Gerichtslokal und es erkannte das Obergericht in contumaciam auf Bestätigung des kantonsgerichtlichen Urtheils vom 31. Januar 1887.

D. In ihrer Vernehmlassung auf die staatsrechtliche Beschwerde des Rekurrenten führt die rekursbeklagte Spinn- und Weberei im Hagedorn im Wesentlichen aus: Derjenige Begriff der Rechtsverweigerung, welchen der Rekurrent seiner Beschwerde zu Grunde lege, sei unrichtig. Das Bundesgericht habe selbst wiederholt anerkannt, daß eine Rechtsverweigerung, gegen welche das Bundesgericht einschreiten könne, nur dann vorliege, wenn eine Partei in ihr gesetzlich offenbar zustehenden Rechten willkürlich beeinträchtigt werde. Von einer solchen Rechtsververweigerung könne hier keine Rede sein. Nach der zugerschen Civilprozeßordnung könne der Richter richterliche Fristen verlängern; darin liege, daß er nachgesuchte Fristverlängerungen auch verweigern dürfe. Das Obergericht habe die bei ihm nachgesuchte zweite Expertise bewilligen oder verweigern können; daraus folge, daß es deren Bewilligung auch an bestimmte Bedingungen habe knüpfen können. Die Gegenpartei habe die ihr für dieselbe angesetzte zweimonatliche Frist angenommen; ein Recht auf eine Nachfrist habe sie demnach nicht, sondern müsse sich vielmehr der Entscheidung des kantonalen Richters darüber, ob Grund zu Gewährung einer solchen Nachfrist vorliege, unterwerfen. Die Entscheidung des Obergerichtes sei keine willkürliche, sondern durch das Verhalten des Rekurrenten (dessen Tendenz den Prozeß zu verschleppen) begründet. Gegen prozeßleitende Verfügungen der kantonalen Gerichte gebe es übrigens keinen Rekurs an das Bundesgericht. Das rechtliche Gehör habe Rekurrent in vollem Umfange genossen; erst seit der Einreichung der Rekursbeschwerde habe er sich dasselbe zu einem Theile selbst abgeschnitten, indem er sich auf die Hauptverhandlung gar nicht eingelassen und dadurch das Obergericht

zu einem Contumazialurtheil gezwungen habe. Nach § 95 der Civilprozeßordnung hätte der Richter auch noch in der Hauptsache und von Amteswegen Experten zuziehen können. Der Rekurrent selbst habe ihm diese Möglichkeit durch sein Benehmen abgeschnitten. Damit sei der Rekurs für das Bundesgericht gegenstandslos geworden. Demnach werde auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde wegen Inkompetenz und in materieller Beziehung angetragen, unter Kostenfolge.

E. Das Obergericht des Kantons Zug fügt der Vernehmlassung des Rekursbeklagten keine weitern Bemerkungen bei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist insofern kompetent, als es berechtigt und verpflichtet ist, zu untersuchen, ob eine Rechtsverweigerung vorliege.

2. Dies ist zu bejahen. Es ist dem Rekurrenten ein, vom Obergerichte selbst ursprünglich zugelassener, Beweis in offenbarer Verletzung des Gesetzes abgeschnitten und es ist derselbe dadurch in seinen Parteirechten, in seinem Anspruche auf volles rechtliches Gehör, willkürlich verletzt worden. Indem das Obergericht die vom Rekurrenten beantragte zweite Expertise bewilligte, hat es anerkannt, daß der Rekurrent berechtigt sei, eine solche zu verlangen. Von dem hienach zugelassenen Sachverständigenbeweise aber konnte das Gericht den Rekurrenten nicht deßhalb nachträglich wieder ausschließen, weil die bestellten Sachverständigen ihr Gutachten nicht binnen der ihnen gesetzten zweimonatlichen Frist einreichten. Es ist freilich diese Folge in dem die zweite Expertise bewilligenden Gerichtsbeschlusse vom 8. Juni 1887 angedroht, indem das Gericht dem Appellanten „unter Ausschlußfrist“ aufgab, das Expertengutachten binnen zwei Monaten nach Abhaltung der „Expertise“ (d. h. nach Beaugenscheinigung des Streitobjektes durch Richter und Experten) einzureichen. Allein diese Androhung steht in offenbarem Widerspruche mit dem Gesetze und dem später in der Sache beobachteten Verfahren und kann daher nicht in Betracht kommen, sondern ist vielmehr als von vorneherein nichtig zu betrachten. Nach der zugerschen Civilprozeßordnung ist die Erhebung des Sachverständigenbeweises, wie nach § 95 und ff.

gar nicht zweifelhaft sein kann, nicht Sache der Parteien, sondern Sache des Richters. Nicht die Partei, sondern der Richter (der Gerichtspräsident) ernennt die Sachverständigen (Art. 97 und 114 der Civilprozeßordnung), nicht die Partei, sondern der Richter leitet die Untersuchung des Streitobjektes durch die Sachverständigen und instruirt die Letztern (§ 98 ibidem); nicht der Partei, sondern der Behörde („zu den Akten") wird das Gutachten der Sachverständigen eingereicht (§ 99 ibidem), den Parteien wird dasselbe blos zur Einsicht auf der Gerichtskanzlei aufgelegt (§ 100 ibidem). Angesichts dieser klaren gesetzlichen Bestimmungen ist es unverständlich, wie der Partei, der ja gesetzlich eine Einwirkung auf die Experten gar nicht zusteht, aufgegeben werden konnte, das Gutachten der Sachverständigen binnen einer Präklusivfrist ihrerseits beizubringen. Es ist denn auch vom Obergerichtspräsidenten gar nicht im Sinne dieser Auflage, sondern durchaus gemäß den gesetzlichen Bestimmungen verfahren worden; er hat die Sachverständigen, wenn auch anscheinend nach (übrigens ganz unverbindlichen) Vorschlägen der Parteien, ernannt, er hat dieselben instruirt und hat ihnen aufgegeben, ihr Gutachten binnen der zweimonatlichen Frist (nicht der Partei, sondern der Gerichtskanzlei) einzureichen. Demnach war es denn aber auch Sache des Richters und nicht der Partei, für die Beibringung des Sachverständigengutachtens zu sorgen. Es durften nicht Präklusivfolgen zum Nachtheile der Partei daran geknüpft werden, daß dieselbe nicht im Stande war, einer völlig gesetzwidrigen, von vorneherein nichtigen, Auflage nachzukommen.

3. Ist somit die angefochtene Schlußnahme des Obergerichtes des Kantons Zug vom 24. September 1887 aufzuheben, so muß dies selbstverständlich auch die Aufhebung des auf dieser Schlußnahme beruhenden Endurtheils vom 22. Oktober abhin nach sich ziehen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es werden mithin die angefochtene Schlußnahme des Obergerichtes des Kan-

tons Zug vom 24. September 1887, sowie die auf derselben beruhende Entscheidung dieses Gerichts vom 22. Oktober 1887 aufgehoben.

II. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken.

Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte.

61. *Sentenza nella causa della Municipalità di Biasca contro il Governo ticinese.*

A. Presentando all'assemblea il conto preventivo per l'anno 1886, la Municipalità di Biasca, — in ossequio a ripetute istanze pervenutele in epoche anteriori da diversi cattolici che volevano essere dispensati dal sopportare le spese del culto cattolico, e forte altresì di una precedente risoluzione dell'assemblea che l'autorizzava a fare la spesa di un censimento della popolazione del Borgo secondo il culto a cui appartenesse ogni singolo cittadino, onde addivenire alla istituzione di un « budget dei culti » separato da quello generale, — dividevalo in due prospetti distinti, nell'uno dei quali figuravano le spese per l'amministrazione del Comune in generale, nell'altro quelle speciali per il culto, e proponeva che l'importo totale delle une e delle altre (fr. 18,342 44 c. + 1310 fr. 22 c. = fr. 19,653 66 c.) venisse prelevato « mediante imposta e mercimonio comunale. »

B. Ottenutane l'approvazione ai 17 gennaio 1886 e conseguito dall'Assemblea comunale, il 30 maggio successivo, un credito suppletorio di fr. 1329 78 c. con cui far fronte all'aumento delle spese per il culto, derivato dalla nomina di un canonico coadjutore stata fatta nell'intervallo, la prefata Municipalità risolveva :

ai 17 ottobre : « di allestire la tabella d'imposta per le spese

di culto e di ripartire le medesime in un tanto per ogni anima, incaricando a ciò fare il sindaco ed il segretario, ed

ai 4 novembre : « di approvare il prospetto d'imposta allestito da questi ultimi per le spese di culto e di ordinarne l'incasso » (in ragione di 1 fr. 25 c. per testa d'abitante d'ogni età e sesso, che non dichiarasse di essere uscito dal grembo della chiesa cattolico-apostolico-romana.

È da notare : « 1° che nel frattempo, cioè ai 18 giugno 1886, essendo stato pubblicato nel cantone il « regolamento esecutivo della legge 28 gennaio 1886 sulla libertà della chiesa cattolica e sull' amministrazione dei beni ecclesiastici, » il quale (art. 2) statuiva : « doversi considerare come cattolici apostolici romani tutti quei cittadini che, essendo stati battezzati secondo il rito cattolico-apostolico-romano, non abbiano dichiarato per iscritto di essere usciti dal grembo della chiesa, » circa trecento cittadini di Biasca aveano appunto fatto questa dichiarazione;

2° Che giusta l'art. 4 della legge ticinese 7 dicembre 1861 sulle taglie comunali — « l'imposta sui diversi enti imponibili si deve ripartire come segue : « La quota da percepirsi sul mercimonio, ove sia ammessa, viene prelevata e dedotta dalla somma totale del preventivo. Il rimanente viene caricato :

a) » sei decimi sulla sostanza ;

b) » quattro decimi, metà sul focatico e metà sul testatico. »

3° Che per l'art. 2 della stessa legge i minorenni sono esonerati dal pagamento della taglia sul testatico.

C. Addì 11 novembre diversi cittadini di Biasca sporgevano formale riclamo presso il Consiglio di Stato del cantone Ticino contro « l'arbitrario operato » del loro Municipio, ed il Consiglio di Stato, ordinata dapprima una inchiesta amministrativa circa i fatti in esso riclamo accennati, decretava ai 7 dicembre 1886, sulla scorta delle emergenze della medesima :

1° « Gli atti tutti, unitamente al rapporto dei delegati all' inchiesta amministrativa, vengono trasmessi all' istruttore

giudiziario perchè proceda ad una pronta inchiesta penale intorno ai fatti suaccennati.

2° « La Municipalità di Biasca, sotto la multa di fr. 500, ordinerà immediatamente la sospensione della esazione dell'imposta pel culto e degli atti esecutivi che fossero in corso, nonchè la restituzione al domicilio dei cittadini dell'importo delle bollette che fossero già state esatte, e ciò senza pregiudizio dell' azione penale. »

Adduceva segnatamente a motivazione di tale dispositivo le ragioni che seguono: « risultare dal preventivo 1886 che non vi era alcun bisogno di altre imposte a coprire le spese generali dell'amministrazione comprese le spese di culto, che dovevano, come di legge e per risoluzione dell' assemblea, coprirsi coll'unica imposta comunale e col mercimonio in un solo bollettario; — avere il Municipio in vista della nomina del canonico Genini, avvenuta posteriormente all'approvazione del preventivo, ottenuto dall'assemblea un credito suppletorio, superiore al bisogno, per modo che venne provveduto anche a questa spesa straordinaria, senza far ricorso ad imposte arbitrarie; — essere del resto la esazione di una speciale imposta sul culto irrita e nulla, quando anche la Municipalità l'avesse risolta in modo regolare e l'assemblea approvata, perchè contraria al contesto della legge 7 dicembre 1861 sulle taglie comunali ed in ispecie agli art. 2 e 4 della legge stessa. »

D. Contro questo decreto ricorreva ai 20 d° dicembre il Municipio di Biasca appo lo stesso Consiglio di Stato, domandando: in *prima linea*, « di essere ammesso alla insinuazione delle proprie giustificazioni collegiali e scritte, previo esame di tutti gli atti riflettenti la contestazione » (reclamo dell' 11 novembre, rapporto dei delegati all' inchiesta amministrativa, ecc.) che non gli erano peranco stati comunicati; *eventualmente* « che il suo atto di ricorso venisse inoltrato al Gran Consiglio, acciò questo annulli in ogni e singola parte il decreto governativo del 7 dicembre. »

Ma il Consiglio di Stato,

« Ritenuto che i decreti governativi sono esecutivi non ostante appello e che la parte che vuol aggravarsi lo deve fare nei modi e termini prescritti dalla legge 27 novembre 1863, insinuando il proprio ricorso al mezzo commissariale, previa l'intimazione di una copia ai ricorrenti medesimi ;

» Che il Consiglio di Stato non può farsi trasmissore al Gran Consiglio dei ricorsi contro il proprio operato, se non quando intervenga formale atto di appellazione al Gran Consiglio medesimo a sensi della citata legge... ;

» Che quando il Consiglio di Stato, dietro regolare inchiesta, ravvisa nei fatti in quella accennati il carattere delittuoso, non può ulteriormente occuparsene, e deve rimettere d'officio l'incarto all'autorità giudiziaria, unica competente in materia, avanti la quale la parte denunciata è ammessa a produrre le proprie giustificazioni, con tutti i mezzi di prova acconsentiti dalla procedura ;

» Risolveva, ai 7 gennaio 1887 e in base alla costante pratica : « non farsi luogo al gravame di cui sopra. »

E. Di quì l'attuale ricorso, 5 febbraio 1887, al Tribunale federale, che i signori Santino Delmuè e lite-consorti dichiarano d'interporre contro amendue i decreti governativi, 7 dicembre 1886 e 7 gennaio 1887, a mente dell'art. 59 della legge organico-giudiziaria federale e vuoi come membri della Municipalità di Biasca, vuoi altresì come semplici privati. « Il ricorso, » essi dicono, « è basato, da una parte, sulla violazione dell'art. 4 della costituzione federale, corrispondente all'art. 4 di quella ticinese, ovvero sia sul titolo della denegata giustizia risultante dalla incompleta audizione delle parti e dalla disuguale applicazione della legge, e dall'altra parte sulla violazione dell'art. 49 al. 6° della costituzione federale (relativo alle imposte di culto). » A conforto poi di questa loro duplice tesi i ricorrenti adducono, per sommi capi, le argomentazioni che seguono :

Avere il Consiglio di Stato dichiarato esso medesimo, nel suo secondo decreto, che la quistione sollevata dai ricorrenti dell'11 novembre appartiene al novero delle amministrative

non-contenziose, le quali vogliono essere istrutte e giudicate alla stregua della legge 27 novembre 1863, epperò — giusta l'art. 1° di questa — a sensi degli art. 186, 187, 189 — 192 della legge organico-comunale del 13 giugno 1854, che sanzionano un sistema di guarentìe a tutela della piena audizione delle parti. Nessuna di queste garantìe essere però stata rispettata in confronto dei ricorrenti : non quella dell'art. 186, che vuole s'insinuino i gravami in duplo presso il commissario governativo, poichè il gravame dell'11 novembre fu insinuato direttamente presso il Consiglio di Stato, senza la contemporanea intimazione al Municipio ; non quella dell'articolo 189, poichè il Consiglio di Stato pronunciò in prima istanza sul gravame, ordinando una inchiesta che sarìa spettata al commissario, senza informarne prima il Municipio, che privò così del suo primo giudice naturale ; non quella dell'articolo 192, poichè il Municipio non fu punto sentito in merito a detta inchiesta ed alle sue risultanze e deferito nulladimeno senz' altro alla autorità penale. Aversi quindi in concreto un giudizio prolato da un giudice incompetente, in seguito ad arbitrario procedimento e senza l'audizione delle parti interessate ed essere la situazione resa ancor più grave ed ingiusta a loro danno dal secondo decreto governativo, attesochè, contrariamente al chiaro testo dell'art. 6 della legge del 1863, il Consiglio di Stato abbia respinto anche l'istanza d'inoltro del ricorso al Gran Consiglio, trincerandosi a tal uopo dietro il futile pretesto che non si era, come vorrebbe la legge del 1863, intimato un duplo del ricorso stesso ai reclamanti dell' 11 novembre, dei quali d'altronde s'ignorava dal Municipio persino il nome. Non potere difatti il Consiglio di Stato invocare solo contro del Municipio i disposti della legge del 1863, ma doverli esso applicare in pari modo e misura a tutte le parti interessate. Non avendolo fatto, si conclude, l'ineguaglianza di trattamento non potrebb' essere più manifesta.

Emergere la violazione del principio inserto all'art. 49 ultimo lemma della costituzione federale, così come fu ripetutamente interpretato da questa Corte, specie co'suoi giudizi nelle cause Bonhôte e Pelli, dall'obbligo che il decreto gover-

nativo del 7 dicembre 1886 vorrebbe fare al Municipio ricorrente di ripartire ad ogni modo la querelata imposta, per le spese del culto seconde le regole additate dalla legge 7 dicembre 1861 sulle taglie comunali, conciossiachè la imposizione di simile obbligo equivalga in effetto precisamente a dire che le spese del culto cattolico-romano devono essere pagate coi denari di *tutti* i contribuenti, compresivi quelli che già dichiararono di essere usciti dal grembo della Chiesa cattolica romana. Non essere del resto la imposta speciale di cui si tratta una vera taglia comunale, ma un contributo che i cittadini s'impongono volontariamente per sopperire ad un budget dei culti istituito affatto indipendentemente da quello comunale, e non potersi dire quindi che nell'ordinarne la riscossione il Municipio ricorrente abbia oltrepassato nè i poteri che conferivagli la costituzione cantonale (art. 19), nè il mandato elargitogli dalla propria assemblea. Essere chiaro invece, da una parte, che col far servire la risorsa generale della tassa di mercimonio al pagamento delle spese di una comunità religiosa si creerebbe precisamente ciò che l'invocato art. 49 al. 6° ha voluto proibire, e d'altra parte, che senza una patente offesa a questo articolo anche il prelevamento del testatico e del focatico su tutti gli abitanti per tutte le spese, compresevi quelle del culto, tornerebbe, rispetto alle famiglie composte di attinenti di diverse confessioni, di un' assoluta impossibilità.

F. Nella sua memoria responsiva del 5 ultimo scorso aprile il Governo ticinese, premesso il rimarco che i ricorrenti non hanno qualità sufficiente per aggravarsi dai decreti in querela, siccome quelli che furono diretti, non contro le loro persone, ma contro la Municipalità di Biasca, che costituisce un tutt' altro subbietto giuridico (dal quale i ricorrenti non ebbero mandato di sorta), e risguardano essenzialmente atti che si riferiscono alla di lei amministrazione, ed osservato altresì che per decreto 24 marzo 1887 i ricorrenti furono già posti in istato d' accusa davanti il Tribunale distrettuale di Bellinzona-Riviera per abuso d'officio, domanda la rejezione

pura e simplice del ricorso per le seguenti considerazioni: Non reggere gli argomenti desunti dall'asserta violazione delle guarantie sancite dalla legge del 1863, conciossiachè il riclamo dell'11 novembre 1886 al Consiglio di Stato non debba essere riguardato come il primo atto di una causa amministrativa, ma sibbene come la denuncia all'autorità superiore di atti arbitrarii, illegali, delittuosi, consumati da una subalterna, in confronto della quale denuncia l'autorità superiore era, per suo istituto, obbligata a procedere d'officio ed a deferire i fatti lamentati al magistrato penale. Essere quindi applicabili in concreto ed essere anche stati applicati gli articoli 196 e 197 della legge comunale del 1854, i quali non hanno a che fare colle cause di amministrativo non-contenzioso. Essersi bensì citata nel decreto del 7 gennaio 1887 la legge del 27 novembre 1863, ma di transenna soltanto e per dire ai ricorrenti che anche in confronto con questa legge, essi erano usciti di carreggiata in fatto di procedura, mentre la considerazione più importante del decreto stesso è evidentemente quella per cui fu conservato alla quistione il carattere suo proprio e particolare di un intervento per la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica moralità. Non potersi ravvisare poi nel procedimento governativo verso il Municipio di Biasca in dipendenza dai ridetti art. 196 e 197 gli estremi della denegata giustizia, conciossiachè il Consiglio di Stato non abbia nè rifiutato il suo ministero, nè fatto applicazione arbitraria di legge alcuna, nè ritardata ai ricorrenti la realizzazione di pretesa riconosciuta fondata, ma al tutto e puramente rispettata la legge. E doversi, del resto, rimarcare che se anche, tra le diverse interpretazioni di cui una legge è suscettibile, il Consiglio di Stato si fosse appigliato ad una che potesse sembrare meno corretta, neppure in questo caso si potrebbe parlare di denegata giustizia, senza contare che i ricorrenti fondano questa unicamente sopra una asserta offesa al diritto *processuale* cantonale, la cui applicazione spetta ai Cantoni soltanto.

Parimenti non potersi parlare in concreto caso di una violazione dell'art. 49 al. 6° della costituzione federale, atteso-

chè questo non abbia nulla a vedere coi querelati decreti governativi, non avendo il Consiglio di Stato decisa con essi la questione: se le spese del culto debbano essere pagate in Biasca dai soli cattolici o anche degli evangelici, — quistione anzi per così dire ignorata da lui, — ma semplicemente che il procedere di quella Municipalità era irregolare, illegale, vessatorio e delittuoso, tale quindi da rendere necessario l'intervento d'officio del Governo.

G. Prendendo argomento da una relativa avvertenza fatta dal Governo rispondente, in coda alla surriferita sua memoria, il giudice federale delegato all' istruzione della causa invitava dappoi i ricorrenti a spiegarsi: « se fosse tuttora pendente il ricorso della Municipalità di Biasca al Gran Consiglio contro il decreto governativo 7 gennaio 1887, nonchè sul contenuto dello stesso, » e riceveva in risposta la dichiarazione che il ricorso stesso era stato da detta Municipalità con apposita risoluzione, comunicata anche al Consiglio di Stato, formalmente ritirato.

H. Nelle successive allegazioni di replica e duplica amendue le parti mantengono intatte le rispettive loro conclusioni di annullazione dei due decreti governativi e di rejezione del ricorso, applicandosi particolarmente a dimostrare:

I ricorrenti: a) che a legittimare la loro qualità per aggravarsi non avevano bisogno di produrre nessuna risoluzione municipale a tal uopo, poichè sopra 5 membri componenti il municipio 4 hanno firmato il ricorso e lo hanno firmato anche come privati cittadini a difesa dei loro proprî diritti individuali;

b) Che il riclamo 11 novembre 1886 di alcuni Biaschesi al Governo non potè costituire una denuncia penale, che avria dovuto sporgersi in ogni caso ai magistrati dell'ordine giudiziario, ma l'inizio di una vera causa di amministrativo noncontenzioso da istruirsi alla stregua della legge 27 novembre 1863, epperò in contradditorio fra le parti, mentre invece fu istrutta e decisa senza che il Municipio di Biasca abbia mai potuto far valere le sue ragioni; d'onde la denegata giustizia

per indebita limitazione del diritto alla libera audizione;

c) Che il Consiglio di Stato ha co' suoi decreti realmente deciso, almeno per il 1886, anche la quistione, se le spese del culto cattolico debbano essere pagate in Biasca eziandio dagli evangelici, conciossiachè per essi, quando non vengano annullati, le dette spese verrebbero comprese nel budget comunale e coperte col prodotto della imposta comunale, la quale sarebbe caricata egualmente a tutti i contribuenti senza nessuna distinzione tra cattolici e non-cattolici. Non essere esatto il dire che l'imposta prelevata a tenore del budget generale basti a coprire anche le spese del culto.

Il Governo, ad a : che non basta firmare individualmente un allegato di causa, qualificandosi agenti del Municipio di Biasca, sia pure che il numero dei firmati costituisca la maggioranza di esso, ma occorre accompagnare l'istanza coll'effettivo mandato, che in concreto sarebbe la copia della relativa risoluzione municipale;

ad b. Che statuendo il decreto governativo 7 dicembre 1886, riscontrarsi nel factum del Municipio di Biasca gli estremi contemplati dagli art. 196 e 197 della legge organico comunale, ossia quelli di un reato previsto dal codice penale, l'autorità doveva intervenire d'officio e trasmettere l'incarto *senza ulteriore* procedimento nè *contradditorio* al magistrato penale, presso il quale soltanto il Municipio stesso avria poi potuto esigere che fosse rispettato in suo confronto il principio della completa audizione in giudizio;

ad c. Che i ricorrenti non hanno distrutto in replica il valore degli argomenti addotti a prova della illegalità ed arbitrarietà della imposta in querela prelevata dal Municipio di Biasca e che i decreti ond' è ricorso non hanno veramente nessuna relazione coll' art. 49 della costituzione federale.

Premessi in linea di fatto e di diritto i seguenti ragionamenti :

1° La quistione preliminare della legittimazione al ricorso, che il Governo ticinese solleva del resto solo di transenna, vuol essere risoluta nel senso favorevole ai ricorrenti. Il Con-

siglio di Stato non ha difatti contestato a questi la facoltà di sporgere, in qualità di persone private, un riclamo di diritto pubblico contro i decreti in querela, ma unicamente formolato delle riserve circa il loro mandato di rappresentanti legali del Municipio ovverosia del comune di Biasca. Prescindendo quindi per ora dalla disamina del quesito, se e fino a qual punto le riserve stesse appariscano in concreto come fondate, basterà osservare che dalla parte convenuta non si è sollevata a riguardo loro nessuna formale eccezione, ma dichiarato anzi che non si voleva farvi capo onde non sottrarsi al giudizio della Corte perchè pienamente sicura di avere agito in ogni tempo e in tutto conforme a quanto dispone la legge. Nulla osta pertanto a che si entri nel merito dei singoli gravami che stanno a fondamento dell' insinuato ricorso.

2° Il primo di questi gravami è desunto dagli art. 4 della costituzione federale e 4 della cantonale, che i ricorrenti reputano essere stati violati così dall' uno come dall' altro dei due decreti in quistione, per la ragione che « la manifesta e ripetuta inosservanza, » da parte di chi li emanava, della processura istituita dalla legge ticinese del 27 novembre 1863 per le cause di amministrativo non-contenzioso avrebbe privato il Municipio di Biasca della duplice garanzia costituzionale della completa audizione e della perfetta eguaglianza di trattamento. Senonchè il Consiglio di Stato osserva, non aver esso avuto obbligo di sorta d'attenersi a quella procedura, stantechè i fatti ond' era ed è incolpato il Municipio di Biasca non fossero nè siano tali da dar luogo ad una causa amministrativa nel vero e proprio senso della parola, sibbene tali da provocare l'applicazione degli art. 196 e 197 della legge comunale 13 giugno 1884, giusta i quali:

« Alle autorità di comune incombe l'obbligo di somministrare ai delegati del Governo ecc. le informazioni e giustificazioni che domandassero sull'amministrazione comunale, » mentre il Governo e i suoi commissarî devono specialmente » vegliare per l'osservanza delle leggi e dei regolamenti nei » comuni ecc. e *intervenire colla loro autorità, anche senza* » *che pervengano ricorsi o riclami particolari, ogni qualvolta*

» *vi sia fondato sospetto o indizio di abusi o disordini.* »

Posto il quesito in questi termini, è chiaro che nell'eventuale processo amministrativo non-contenzioso la Municipalità soltanto potrebbe — a sensi della legge del 1863 — costituirsi parte convenuta e che quindi a lei sola spetterebbe l'attributo di reclamare per diritti costituzionali che la inosservanza della legge avesse avuto per effetto di violare. I singoli municipali non hanno per converso, come privati cittadini, alcun titolo che li abiliti ad aggravarsi per causa di denegata giustizia, avvegnachè non asseriscano che la procedura seguita dall'autorità governativa abbia recato pregiudizio di sorta ai loro individuali diritti.

Ora tutto sta nel vedere se i prefati art. 196 e 197 della legge del 1854 fossero veramente applicabili al caso di cui si tratta e dispensassero di conseguenza il Consiglio di Stato dal rispettare, in confronto del Municipio di Biasca, le forme prescritte dalla invocata legge del 1863. E qui, — prescindendo dall'esame se la facoltà di esso Consiglio d'intervenire d'officio ogni qualvolta si manifestino irregolarità o disordini nelle amministrazioni comunali, e di provocare al caso anche una inchiesta penale contro gli officiali in colpa, non sia un semplice corollario del diritto di vigilanza, — è pur forza ammettere che la detta quistione sull'applicabilità o meno dei riferiti articoli si risolve al postutto in un mero giudizio d'interpretazione della legge, e non si può dire, d'altro canto, che il Governo ticinese abbia proceduto con manifesto e capriccioso arbitrio al solo scopo di privare il Municipio di Biasca del beneficio della completa audizione.

Lo stesso vale poi anche rispetto al rifiuto del Consiglio di Stato d'inoltrare al Gran Consiglio il gravame sporto dalla Municipalità sotto la data del 20 dicembre 1886, perocchè se il Governo avea proceduto secondo la legge del 1854, va da sè che non si potevano invocare dai reclamanti le forme processuali istituite da quella del 1863.

3° Il secondo gravame riflette l'asserta offesa all'ultimo capoverso dell'art. 49 della costituzione federale e si sustanzia nel dire che, vietando al comune di Biasca l'applicazione del

principio costituzionale inscritto nel mentovato lemma, il decreto governativo 7 dicembre 1886 priva i dissidenti di quel Borgo della garanzia nel medesimo sancita. Ora sebbene il Municipio ovverosia il Comune, come corpo morale, non abbia qualità per muovere lamento a causa di pretese violazioni del precitato articolo costituzionale, conciossiachè le massime da questo consacrate si riferiscano tutte alla garanzia della libertà di credenza e di coscienza, la quale può solo spettare alle persone fisiche (v. la sentenza di questa corte nella causa Weder del 10 nov. 1883; Racc. off. IX, p. 416), — il gravame in discorso dev'essere nulladimeno esaminato per quanto concerne i ricorrenti stessi, considerati cioè come singoli cittadini privati.

Già con la sentenza 1° novembre 1879 nella causa Pelli e lite-consorti liberi-pensatori di Aranno (Racc. off. V p. 427), trattando dell'applicazione dell'art. 49 al. 6°, il Tribunale federale ha posto in chiaro come non sia lecito di accollare mediante imposte comunali il pagamento delle spese pel culto a chi non appartenga alla relativa associazione religiosa, quando anche, nei conti o preventivi comunali, le dette spese si trovassero conglobate con quelle dell'amministrazione del comune. Laonde se il querelato decreto governativo dovesse sortire l'effetto di far partecipare i dissidenti Biaschesi alle spese già fatte nel 1886 o da farsi in avvenire per il culto cattolico-romano, il gravame risulterebbe fondato. Ma ciò non consta in fatto. È bensì vero che i considerandi di detto decreto relativi alla « nessuna necessità pel comune di Biasca di aver ricorso ad altre imposte particolari per sopperire alle spese di culto ed al credito suppletorio stanziato pel nuovo canonico-coadjutore, » si prestano per sè medesimi alla critica sollevata dai ricorrenti. Senonchè, a togliere ogni equivoco in proposito, il Governo ticinese, nelle sue memorie di replica e duplica, ha ripetutamente dichiarato in termini espliciti e categorici — « non aver esso, co' suoi decreti del 7 dicembre 1876 e 7 gennaio 1887, decisa, ma ignorata anzi la quistione, se le spese del culto debbano essere pagate in Biasca dai soli cattolici od anche dagli evangelici » e « non avere i decreti stessi relazione di sorta coll'invocato art. 49 della

costituzione federale. » Arrogi che il dispositivo del decreto 7 dicembre 1886 si limita ad interdire che la esazione del testatico allo scopo in querela e ad ordinare la restituzione delle relative quote già riscosse, ma senza imporre ai dissidenti evangelici l'onere di partecipare comechessia al pagamento delle spese concernenti il culto cattolico. Dal che risulta *che per il momento almeno* la lamentata violazione del principio inscritto all' art. 49 al. 6° cit. non esiste ancora e che da questo punto di vista il ricorso dei signori Delmuè e C^i si appalesa come prematuro.

D'altra parte però giova notare che le argomentazioni addotte dal Governo ticinese a sostegno della sua tesi : « Non potere il Municipio o rispettivamente il comune di Biasca disgiungere, nello stanziamento dell'annuo preventivo, le spese derivanti — « per causa propria e particolare » — dall'esercizio del culto cattolico-apostolico-romano da quelle risguardanti l'amministrazione comunale in genere, e doversi ripartire quelle come queste, — mediante un unico bollettario, — alla stregua della vigente legge cantonale sulle taglie comunali » (lett. *B.* dei fatti), — urtano evidentemente, in massima, e col principio costituzionale di cui sopra e con le interpretazioni datevi già reiteratamente da questa Corte (v. oltre la sentenza Pelli, quella nella causa Bonhôte del 20 settembre 1884, Racc. off. X, p. 323 s. s.). Epperò per il caso in cui, sia per l'esercizio del 1886 come pei successivi, la tesi medesima volesse tradursi in atto, è d'uopo sancire fin d'ora una esplicita riserva del diritto ulteriore di ricorso al Tribunale federale a pro' di quanti cittadini abbiano, in Biasca, dichiarato di essere usciti dal grembo della Chiesa apostolica romana e chieggano di essere esonerati dal pagamento delle spese relative al culto di quest' ultima.

Conseguentemente

Il Tribunale federale

pronuncia :

Il ricorso dei signori Delmuè e consorti è respinto a sensi dei suesposti considerandi.

III. Gerichtsstand. — Du for.

1. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten.

For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels.

62. Urtheil vom 16. Dezember 1887 in Sachen Kern.

A. J. C. Kern, Weinhändler in Gais (Appenzell A.-Rh.) hatte an die Wittwe Ullmann zum Löwen in Appenzell Wein geliefert, welcher von den appenzell-innerrhodischen Behörden als verfälscht beanstandet wurde; er wurde deßhalb wegen des Polizeideliktes der „Weinverfälschung" vor das Bezirksgericht Appenzell vorgeladen. Er bestritt die Kompetenz dieses Gerichtes wurde indeß nichtsdestoweniger ein zweites Mal peremptorisch geladen und da er auch dieser Vorladung keine Folge leistete, durch Urtheil des Bezirksgerichtes Appenzell vom 9. November 1886 in contumaciam zu einer Buße von 50 Fr. und wegen Renitenz zu einer ferneren Buße von 50 Fr. verurtheilt. Als die daherige Bußenforderung (durch Schätztaganzeige vom 19. August 1887) an seinem Wohnorte in Gais im Wege des Rechtstriebes gegen ihn geltend gemacht wurde, erwirkte er die Sistirung des Verfahrens bei der Regierung des Kantons Appenzell A.-Rh. und ergriff mit Eingabe vom 27./28. August 1887 den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift führt er aus: Nach konstanter Praxis sei ein Vergehen da zu verfolgen, wo es begangen worden sei. Wenn er sich nun (was er übrigens bestreite) des Vergehens der Weinfälschung schuldig gemacht hätte, so wäre dieses Vergehen an seinem Wohnorte in Gais begangen worden, wo der fragliche Wein zur Spedition an den Besteller übergeben worden sei, jedenfalls nicht in Appenzell. Das appenzell-innerrhodische Gericht sei daher nicht kompetent. Dessen Urtheil involvire eine Verletzung der Art. 58 B.-V. und 6 der appenzell-innerrhodischen K.-V. Es werde daher beantragt: das Bundesgericht wolle erkennen, das Urtheil des Bezirksgerichtes von Appenzell vom 9. November 1886 sei, als inkompetent erlassen, aufzuheben unter Kostenfolge.

B. In ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde tragen Landammann und Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. auf Abweisung der Beschwerde an, indem sie ausführen: Wenn der Rekurrent seiner Kundsame in Appenzell verfälschten Wein verkaufe, welcher in Appenzell zum Ausschank gelange, so verfehle er sich offenbar gegen die Polizeigesetze des Kantons Appenzell J.-Rh. und sei dort strafbar. Der Rekurs sei übrigens verspätet und unzuläßig. Denn auf eine Strafverfolgung wegen Lieferung verfälschten Weines an andere Wirthe in Appenzell habe Rekurrent sich vor den appenzellischen Gerichten am 19. Januar 1886 eingelassen und sogar die ihm durch dieses Gericht mit Urtheil vom genannten Tage auferlegte Buße bezahlt. Die hier in Rede stehende Strafverfolgung bilde aber nur eine Fortsetzung der frühern.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurs ist nicht verspätet, schon deßhalb nicht, weil nicht feststeht, daß das angefochtene Urtheil dem Rekurrenten vor der Schätztaganzeige amtlich eröffnet worden wäre. Ebensowenig kann offenbar gesagt werden, daß der Rekurrent den appenzell-innerrhodischen Gerichtsstand rücksichtlich des hier in Frage stehenden Strafanspruches anerkannt habe.

2. Allein sachlich ist der Rekurs unbegründet. Das Bezirksgericht Appenzell, welches das angefochtene Urtheil gefällt hat, ist kein verfassungswidriges Ausnahmegericht, sondern im Gegentheil das nach Verfassung und Gesetzgebung des Kantons Appenzell J.-Rh. zur Beurtheilung des in Rede stehenden Straffalles berufene, ordentliche Gericht. Es kann auch nicht bezweifelt werden, daß der Rekurrent für das ihm imputirte Delikt nach bundesrechtlichen Grundsätzen der Strafgewalt des Kantons Appenzell J.-Rh. untersteht. Denn: derselbe wurde verfolgt, weil er verfälschten Wein nach dem Territorium des Kantons Appenzell J.-Rh. zum dortigen Verkaufe geliefert habe. Das strafbare Handeln, wegen dessen er verfolgt wurde, erstreckte sich also jedenfalls auf appenzell-innerrhodisches Gebiet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

63. *Arrêt du 17 Décembre 1887 dans la cause Monod.*

Jules-Gabriel Monod, vigneron à Vevey, a fait son service militaire comme recrue d'artillerie du 23 Mars au 28 Mai 1887 à Bière.

Quelque temps après son retour, il reçoit néanmoins du receveur de l'Etat de Vaud la sommation d'avoir à payer l'impôt militaire.

Monod adresse alors au chef du Département militaire la lettre suivante :

« Cher monsieur,

» Je ne sais pas si, lorsque en revenant d'une école de » recrues de deux mois, vous receviez un avis pour le paie- » ment d'une taxe d'exemption, vous prendriez la chose en » riant, mais pour quant à moi mon calme ne va pas jus- » que-là.

» C'est toutes les explications que je juge bon de vous donner.

» Agréez, etc.

» J. Monod, canonnier. »

« *N. B.* — Mon livret de service est à votre disposition. »

Le 3 Septembre 1887, le préfet de Vevey donna communication à Monod d'une lettre du commandant du IIIe arrondissement militaire, ainsi conçue :

« Monsieur le Préfet,

» Veuillez faire subir au canonnier Monod, Jules-Gabriel, » à Vevey, une peine de 24 heures d'arrêts qui lui est infli- » gée pour s'être permis des impertinences dans un recours » contre la taxe, adressé au département militaire. Cela lui » apprendra à posséder le calme qu'il dit ne pas avoir.

» Vous voudrez bien me faire rapport sur l'exécution. »

Le 20 Septembre 1887, Monod recourt auprès du Conseil d'Etat contre la peine prémentionnée, et par lettre du 4 Oc-

tobre 1887, le préfet de Vevey informe le recourant que le Conseil d'Etat a maintenu la décision de son Département militaire.

C'est contre cette décision que Monod recourt au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise prononcer que la peine de 24 heures d'arrêts qui lui a été infligée par le Département militaire vaudois est illégale et ne doit être suivie d'aucun effet.

A l'appui de cette conclusion, le recourant fait valoir en substance :

La décision dont est recours viole les art. 58 de la Constitution fédérale et 69 de la Constitution vaudoise, statuant que nul ne peut être distrait de son juge naturel. Au moment où Monod a réclamé contre la taxe militaire, il n'était plus au service : Ni la loi fédérale du 27 Août 1851 sur la justice pénale pour les troupes fédérales, ni la loi vaudoise du 10 Février 1854 sur la même matière n'attribuent au Département militaire une compétence disciplinaire dans les circonstances de la cause.

Le fait que Monod aurait pris la qualification de canonnier dans le recours qu'il a adressé au Département militaire, fait que le Conseil d'Etat invoque pour rejeter le recours de Monod, n'a aucune portée et ne peut avoir pour effet de le soumettre à la juridiction militaire.

La décision du Conseil d'Etat viole en outre les art. 4 de la Constitution vaudoise, interdisant les arrestations illégales, 10 ibidem et 57 de la Constitution fédérale, garantissant le droit de pétition : une administration publique n'a pas le droit de punir disciplinairement un citoyen qui lui signale, même sous une forme violente, une erreur commise par elle à son préjudice.

Dans sa réponse, le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours par les motifs ci-après :

L'appréciation de la lettre du recourant par le Département militaire et par le Conseil d'Etat ne peut donner lieu qu'à un recours au Conseil fédéral (art. 12 de l'arrêté du 21 Août 1878 sur l'organisation du Conseil fédéral).

La peine prononcée contre Monod ne constitue point un abus de pouvoir. L'art. 80 de la loi vaudoise du 13 Mars 1886 sur l'organisation du Conseil d'Etat prévoit que le Département militaire s'occupe de la justice pénale militaire dans les attributions dévolues aux cantons par les actes fédéraux. Or l'art. 181 de la loi fédérale du 27 Août 1851 précitée porte entre autres que les autorités des cantons peuvent condamner aux peines de discipline énoncées dans les art. 168 et 171 ; le règlement de service pour les troupes fédérales attribue d'ailleurs aux autorités militaires supérieures la compétence d'un colonel.

La loi de 1851, art. 166, statue que sont réputées fautes de discipline toutes les actions et omissions qui sont contraires à la discipline militaire, et l'ordonnance du Département militaire du 30 Juin 1883, reproduite dans chaque livret de service, édicte sous lettre *d*, que « sera en outre punie disciplinairement, une conduite inconvenante de la part d'hommes » astreints au service, dans leurs rapports de service avec » des autorités et fonctionnaires militaires, même dans le » cas où les uns ou les autres se trouveraient en tenue civile. » Or il s'agissait bien de rapports de service dans la correspondance de Monod avec le Département. Depuis longtemps d'ailleurs, et en particulier en 1864, des peines semblables ont été infligées par le chef du Département militaire. Enfin il ne s'agit pas d'une pétition, et au surplus le droit de pétition n'autorise pas un pétitionnaire à injurier l'autorité à laquelle il s'adresse.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La compétence du Tribunal fédéral ne saurait être contestée dans l'espèce : pour autant qu'il s'agit de violations prétendues de dispositions constitutionnelles garantissant des droits aux citoyens.

2° La peine infligée au sieur Monod n'implique en tout cas pas une violation du droit de pétition. La lettre du recourant se caractérise, en effet, non comme une pétition, mais comme une protestation, et, quoi qu'il en soit d'ailleurs à

cet égard, le droit de pétition ne peut certainement être interprété comme autorisant un citoyen à adresser des injures ou des expressions inconvenantes à des fonctionnaires de l'Etat.

3° Il y a donc lieu d'examiner si la peine infligée par le Département vaudois en sa qualité d'autorité militaire constitue une violation des art. 58 de la Constitution fédérale et 69 de la Constitution cantonale, — édictant que nul ne peut être distrait de ses juges naturels, — ainsi que de l'art. 4 al. 3 de la Constitution vaudoise, statuant que, hors les cas qui appartiennent à la discipline militaire, nul ne peut être mis en arrestation qu'en vertu de l'ordre du juge auquel la loi donne cette compétence.

A cet égard, les principes applicables sont contenus dans la loi fédérale sur la justice pénale pour les troupes fédérales, du 27 Août 1851. L'art. 1er de cette loi contient une énumération complète des cas où la juridiction militaire peut se déployer, et la lettre *a* de cet article, soumettant aux dispositions de ce code toutes les personnes qui sont au service militaire fédéral ou cantonal, ou sur l'état de situation d'une troupe au service militaire fédéral ou cantonal peut seule être appliquée au cas actuel, ainsi que la disposition de l'art. 166 chiffre 9 ibidem, visant, à titre de faute de discipline, la conduite inconvenante envers un supérieur militaire, des autorités ou des fonctionnaires militaires.

Ces dispositions ne sont toutefois applicables qu'aux hommes se trouvant au service actif, ainsi que cela résulte du texte de l'art. 1er al. *a* susvisé, et de l'interprétation que le Conseil fédéral a donnée à cette disposition (voir Nussbaumer, Ullmer, N° 892) : cette autorité estime en effet que la juridiction militaire doit être considérée comme l'exception et ne peut dès lors être appliquée que dans les cas où elle est expressément prévue par la législation, le caractère commun et essentiel des actes soumis à la juridiction militaire étant qu'ils doivent avoir été commis pendant le service actif.

L'extension de la juridiction militaire aux hommes qui se trouvent en dehors de ce service ne peut avoir lieu que dans

les cas prévus aux art. 1 litt. *b* et *h* de la même loi, à savoir aux militaires revêtus de leur habit militaire en dehors du service, et à ceux qui, astreints au service militaire, n'obéissent pas à l'ordre qui leur est donné de se rendre au service. Or Monod ne se trouvait incontestablement ni dans l'un ni dans l'autre de ces cas exceptionnels.

Il résulte de ce qui précède que, pour être justiciable des autorités disciplinaires militaires, un citoyen doit être au service actif, et qu'il ne suffit pas que le fonctionnaire militaire vis-à-vis duquel ce citoyen aurait commis une inconvenance se trouve, lui, au service.

4° L'art. 190 de la loi fédérale de 1851 édicte, il est vrai, que les cantons peuvent statuer des peines contre les infractions à leurs lois et ordonnances sur l'organisation militaire, mais il n'est point établi, et il n'a point été même prétendu que le canton de Vaud ait usé de cette faculté pour légiférer sur cette matière.

5° L'ordonnance du Département militaire fédéral, figurant dans le livret de service à page 62, et datée de Juin 1883, prévoit, il est vrai, que « seront punies les fautes de discipline suivantes qui ne sont pas spécialement mentionnées » par le code pénal, à savoir :

. . . . . .

» *d*) une conduite inconvenante de la part d'hommes astreints au service, dans leurs rapports de service avec les » autorités et fonctionnaires militaires, même dans le cas où » les uns ou les autres se trouveraient en tenue civile, » — mais, outre que les dispositions de la loi sur la justice pénale pour les troupes fédérales ne sauraient être modifiées ni étendues par le Département militaire au moyen et à l'occasion de l'introduction des livrets de service, le texte de l'ordonnance susvisée n'a point la portée que le défendeur au recours veut lui attribuer et ne peut être étendu à des militaires ne se trouvant pas dans les cas énumérés à l'art. 1er de la loi fédérale précitée.

6° Il suit de tout ce qui précède que la peine infligée au sieur Monod ne se justifie à aucun point de vue, et qu'elle ne

saurait subsister en présence des garanties constitutionnelles plus haut invoquées.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et la décision par laquelle le Département militaire vaudois a infligé au sieur Monod une peine de 24 heures d'arrêts est déclarée nulle et de nul effet.

---

2. Gerichtsstand des Wohnortes.

64. Urtheil vom 21. November 1887 in Sachen Teissier.

A. In einer bei dem Amtsgerichte Biel anhängigen Strafsache gegen Louis Monnet daselbst wegen betrügerischen, eventuell leichtsinnigen, Bankerottes wurde zur Hauptverhandlung, auf Begehren einer Anzahl, als Civilparteien aufgetretener Gläubiger des Louis Monnet, auch der Kaufmann Florentin Teissier, gebürtig aus Frankreich, wohnhaft in Genf, als „civilrechtlich verantwortliche Person" vorgeladen; diese Ladung geschah weil die Gläubiger beabsichtigten, einen vom Kridaren als Verkäufer und Teissier als Käufer abgeschlossenen Kauf über einen „Bazar" in La Chaux de Fonds als Scheingeschäft bezw. als betrügerische Machenschaft anzufechten. Wegen eines ähnlichen Geschäftes wurde auch ein Henri Monnet, wohnhaft in Pruntrut, als zivilrechtlich verantwortliche Person vorgeladen. Sowohl Teissier als H. Monnet bestritten die Kompetenz des Amtsgerichtes Biel und dieses sprach ihnen durch Entscheidung vom 8. November 1886 ihre Kompetenzeinrede zu. Hiegegen appellirten Fürsprecher Moser in Biel im Namen von 17 als Civilpartei aufgetretenen Gläubigern des L. Monnet und (soweit es die Einrede des H. Monnet anbelangt) auch Fürsprecher Pezolt in Bern, Namens der Civilpartei Klaus und Courtaut

in Besançon, an die Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern. Dieser erkannte am 16. April 1887:

1. Die von Florentin Teissier und Henri Monnet (Jean Eri Charles) gestellten Vorfragen sind abgewiesen;

2. Die Kosten der Civilpartei Klaus und Courtaut in Besançon werden dem Henri Monnet (Jean Eri Charles) auferlegt und bestimmt auf 50 Fr.;

3. Die Kosten der 17 Gläubiger, vertreten durch Herrn Fürsprech Moser in Biel, werden Florentin Teissier und Henri Monnet (Jean Eri Charles) solidarisch auferlegt und bestimmt auf 60 Fr.;

4. Florentin Teissier und Henri Monnet (Jean Eri Charles) werden solidarisch zu den Kosten an den Staat verurtheilt, welche bestimmt sind:

a. Die erstinstanzlichen auf 301 Fr. 40 Cts.

b. Die Rekurskosten des Richteramtes Biel auf 4 Fr. und

c. Die obergerichtlichen auf 15 Fr.

Diese Entscheidung wird, soweit es die Gerichtsstandseinrede des F. Teissier anbelangt, im Wesentlichen folgendermaßen begründet: Wenn Art. 59 Abs. 1 B.-V. strenge nach seinem Wortlaute interpretirt werden müßte, so wäre die adhäsionsweise Behandlung des Civilpunktes auch gegenüber dem Angeklagten, sofern dieser in einem andern Kantone wohne, schlechthin ausgeschlossen. Und doch habe das Bundesgericht, der Natur der Sache entsprechend, schon in verschiedenen Entscheidungen den Grundsatz aufgestellt, daß in solchen Fällen die adhäsionsweise Behandlung des Civilpunktes in dem am Begehungsorte eingeleiteten Strafverfahren statthaft sei. Entscheidend sei dabei jeweilen die Annahme gewesen, daß die civilrechtlichen Folgen der vom Angeklagten verübten strafbaren Handlung gewissermaßen als ein Accessorium des Strafpunktes zu betrachten seien. Allerdings habe das Bundesgericht in den nämlichen Entscheidungen gleichzeitig die adhäsionsweise Behandlung des Civilpunktes gegenüber dritten, von der Strafklage nicht berührten und nicht am Begehungsorte wohnenden, Personen, als unzulässig erklärt. Allein dies sei jeweilen deßhalb geschehen,

weil in den betreffenden Fällen der gegen diese dritten Personen geltend gemachte Civilpunkt nicht als ein Accessorium des Strafpunktes sondern als ein selbständiger Anspruch erschienen sei. Es ergebe sich demnach, daß bis jetzt der Art. 59 Abs. 1 B.-V. nie strikte nach seinem Wortlaute interpretirt, sondern daß von der allgemeinen Regel desselben im Adhäsionsprozesse eine wichtige, in der Natur der Sache begründete, Ausnahme zugelassen worden sei. Es sei unterschieden worden, ob der persönliche Anspruch ein selbständiger oder ein Accessorium des Strafpunktes sei. Gegenüber dem Rekurrenten Teissier handle es sich nun nicht um einen selbständigen, nur äußerlich an den Strafpunkt anknüpfenden, Civilanspruch, sondern um ein Accessorium des Strafpunktes. Die Civilparteien beabsichtigen, den von Teissier mit dem Angeklagten Monnet abgeschlossenen Kauf gemäß Art. 228 des bernischen Strafgesetzes kassiren zu lassen. Nach diesem Artikel sei die Kassation derartiger Geschäfte die nothwendige Folge der Verurtheilung, sofern unter den obwaltenden Umständen alle Betheiligten bei einiger Aufmerksamkeit die Unredlichkeit des Geschäfts einsehen mußten. Dies zu entscheiden könne aber nicht Sache eines besondern Verfahrens sondern nur Sache des Strafverfahrens sein. Wie bei Konfiskation von Gegenständen, die zu Verübung einer strafbaren Handlung gedient haben, wie bei Nichtigerklärung gefälschter Wechsel oder bei Restitution gestohlener Gegenstände, so haben auch bei der Kassation betrügerischer Rechtsgeschäfte dritte Personen, deren Interessen dabei engagirt seien, vor dem Strafrichter Recht zu nehmen. Denn die Kassation sei im wahren Sinne des Wortes ein Accessorium des Strafurtheils.

B. Gegen diese (am 26. Juli 1887 eröffnete) Entscheidung ergriff F. Teissier mit Rekursschrift vom 25. September 1887 den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift beantragt er unter Berufung auf Art. 58 und 59 Abs. 1 B.-V. und den französisch-schweizerischen Niederlassungsvertrag von 1864: Plaise au haut Tribunal fédéral annuler le jugement rendu par la chambre de police de Berne sous suite des dépens et renvoyer les demandeurs à s'adresser aux Tribunaux compétents.

C. Fürsprech Moser in Biel Namens der Rekursbeklagten trägt auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an, indem er zur Begründung einfach auf das angefochtene Urtheil verweist. Die Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern verweist ebenfalls einfach auf ihr Urtheil.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der schweizerisch-französische Niederlassungsvertrag fällt für die Beurtheilung des Rekurses völlig außer Betracht; dieser ist ausschließlich nach Art. 59 Abs. 1 B.-V. zu beurtheilen, auf welchen sich der Rekurrent, obschon er nicht Schweizerbürger ist, unmittelbar berufen kann. Denn die Gewährleistung des Art. 59 Abs. 1 ist ja allen aufrechtstehenden, in der Schweiz wohnenden, Schuldnern und nicht nur den Schuldnern schweizerischer Nationalität gegeben.

2. Die bundesrechtliche Praxis hat konstant anerkannt, daß der einer strafbaren Handlung Schuldige, unerachtet des Art. 59 Abs. 1 B.-V., auch wenn er nicht im Kantone der Strafverfolgung wohnt, im Strafverfahren adhäsionsweise für solche Civilansprüche belangt werden kann, welche auf dem gleichen Thatbestand wie die strafrechtliche Verfolgung beruhen. Der rechtfertigende Grund für diese Praxis wurde darin gefunden, daß in diesem Falle die Strafklage als die Hauptsache, die Civilklage dagegen lediglich als ein Accessorium derselben erscheine und nun der Art. 59 Abs. 1 B.-V. nur die Verfolgung selbständiger Civilansprüche im Auge habe. (vergleiche z. B. Entscheidung i. S. Gujer vom 30. Dezember 1882 Erw. 1, Amtliche Sammlung VIII, S. 691). Dagegen hat die bundesrechtliche Praxis stets und unbedingt festgehalten, daß Art. 59 Abs. 1 B.-V. die adhäsionsweise Verfolgung von Civilansprüche gegen dritte, von der Strafklage nicht betroffene, Personen im interkantonalen Rechtsverkehr ausschließe, ja daß derselbe auch der civilrechtlichen Verurtheilung eines ursprünglich in die Strafverfolgung einbezogenen, aber nachträglich außer Verfolgung gesetzten oder freigesprochenen, Angeschuldigten durch den Strafrichter des Begehungsortes entgegenstehe (vergleiche z. B. Entscheidung i. S. Ulrich vom 13. April 1883 Erw. 3, Amt-

liche Sammlung IX, S. 142 u. ff. und die dortigen Allegata). Es folgt dies auch, insbesondere soweit es dritte, strafrechtlich überhaupt nicht verfolgte, Personen anbelangt, unmittelbar daraus, daß die diesen gegenüber im Adhäsionsprozesse erhobene Civilklage niemals als ein bloßes Accessorium einer, gegen sie ja gar nicht erhobenen, Strafklage bezeichnet werden kann, sondern vielmehr stets als selbständige Verfolgung eines vom Bestande eines Strafanspruches gegen den civilrechtlich beklagten unabhängigen Civilanspruches erscheint. Dies gilt für alle Fälle dieser Art, mag nun der dritte belangt werden, weil er civilrechtlich für die Folgen des vom Angeklagten begangenen Delikts verantwortlich sei (etwa als Dienstherr desselben u. dgl.) oder mag die Civilklage, wie im vorliegenden Falle, auf Aufhebung eines von ihm mit dem Angeklagten abgeschlossenen Vertrages wegen widerrechtlicher Verkürzung der Gläubiger u. s. w. abzwecken. Auch in letzterem Falle handelt es sich dem Dritten gegenüber um einen selbständigen, rein privatrechtlichen Anspruch, dessen Bestand davon abhängt, ob gegenüber dem Dritten die privatrechtlichen Voraussetzungen der paullianischen Klage gegeben seien. Nach diesen Grundsätzen muß der vorliegende Rekurs als begründet erklärt werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird mithin die angefochtene Entscheidung der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 16. April 1887, soweit dieselbe den Rekurrenten betrifft, aufgehoben.

IV. Vollziehung kantonaler Urtheile. — Exécution de jugements cantonaux.

65. Urtheil vom 5. November 1887 in Sachen Barell.

A. G. Barell, Kaufmann, in Wyl (St. Gallen) hatte s. Z. gegen Johann Baptist Schmid, Schreinermeister, in Appenzell

vor den appenzellischen Gerichten folgenden Anspruch geltend gemacht: er habe für den Schmid eine Schuld bezahlt, für welche zwei Kapitaltitel im Nennwerthe von je 2000 Fr. faustpfändlich eingesetzt gewesen seien und habe demselben seither weitere Vorschüsse auf diese Titel, die sich nun als Faustpfänder in seinen Händen befinden, gewährt; aus diesen Vorgängen schulde ihm Schmid die Summe von 4197 Fr. 50 Cts. welche er nunmehr aufkündige. Schmid wendete gegen diese Ansprache ein, Barell habe mit ihm gemeinschaftlich die Liegenschaft Felseneck gekauft; es bestehe zwischen ihnen diesfalls ein Gesellschaftsverhältniß, wonach sie Gewinn und Verlust zu gleichen Theilen zu tragen haben. Barell habe seine Leistungen in dieser seiner Stellung als Gesellschafter gemacht; die beiden Kapitaltitel besitze er nicht zu Faustpfand, sondern als Gesellschafter. Durch zweitinstanzliches Urtheil vom 4. Februar 1886 erkannte auch wirklich das Kantonsgericht von Appenzell J-Rh. es sei die von Herrn Barell an Herrn Schmid erlassene Aufkündung aufgelöst und Herr Barell als gemeinschaftlicher Besitzer der Felseneck mit Herrn Schmid in gleichen Rechten und Pflichten anzuerkennen.

B. Nach diesem Urtheile klagte G. Barell beim Bezirksgerichte Wyl im forum rei sitae gegen Schmid auf Anerkennung seines Faustpfandrechtes an den beiden in seinen Händen befindlichen Kapitaltiteln. Schmid protestirte unter Berufung auf das appenzellische Urtheil vom 4. April 1886 gegen dieses Verfahren und leistete den verschiedenen an ihn ergangenen Ladungen und Auflagen des Bezirksgerichtes Wyl keine Folge. Dies hatte zur Folge, daß vom Bezirksgerichte Wyl gegen ihn gemäß Zwischenerkenntniß vom 3. Juli 1886 das Kontumazialverfahren eingeleitet und durch Kontumazialurtheil vom 31. Dezember 1886 dem Barell sein Rechtsbegehren zugesprochen wurde. Zwei von Schmid an das Bundesgericht gerichtete Beschwerden wegen Verletzung des Art. 61 der Bundesverfassung wurden durch Entscheidungen vom 16. Oktober 1886 und 22. April 1887 abgewiesen, weil Schmid es unterlassen habe, vor dem Bezirksgerichte Wyl in prozeßualisch-richtiger Form die Einrede der abgeurtheilten Sache aufzuwerfen und es sich daher selbst

zuzuschreiben habe, wenn diese Einrede vom Gerichte nicht gewürdigt worden sei.

C. Nunmehr leitete G. Barell gegen Schmid an dessen Wohnort in Appenzell, gestützt auf die beiden Erkenntnisse des Bezirksgerichtes Wyl vom 3. Juli und 31. Dezember 1886, den Rechtstrieb für die ihm durch diese Urtheile zugesprochene Kostenforderung im Gesammtbetrage von 302 Fr. ein, indem er dem Schmid am 25. Juni 1887 das „Monatsrecht" ansagen ließ. Schmid erhob hiegegen laut Anzeige des Vermittleramtes Appenzell vom 1. Juli 1887 Rechtsvorschlag. In der vermittleramtlichen Anzeige ist bemerkt, dieser Rechtsvorschlag stütze sich auf ein endgültiges kantonsgerichtliches Urtheil vom 4. Februar 1886, welchem von Barell noch keine Folge geleistet worden sei. Auf Beschwerde des Barell hob die Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. laut Anzeige des Landammannamtes vom 18. Juli 1887 diesen Rechtsvorschlag als nicht genügend begründet auf. Schon am 16. Juli war aber dem Vertreter des Barell „zur Berichtigung und genauer Begründung der am 1. Juli zugestellten Rechtsvorschlagsanzeige" eine neue Rechtsvorschlagsanzeige des Vermittleramtes Appenzell zugestellt worden; in dieser Rechtsvorschlagsanzeige ist bemerkt, daß Schmid eine Gegenforderung von 2000 Fr. stelle, „gestützt auf kantonsgerichtliches Urtheil vom 4. Februar 1886 und laut Art. 131 des Obligationenrechts."

Barell protestirte gegen diese Anzeige und später gegen die derselben folgenden Ladungen vor Vermittleramt und ersuchte, indem er sich gleichzeitig beim Landammannamte des Kantons Appenzell J.-Rh. beschwerte, den Landweibel um gesetzliche Fortsetzung der Betreibung. Seinem Begehren wurde aber keine Folge gegeben, vielmehr beschloß die Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. am 5. August 1887 auf ein Begehren des Schmid, es möge die Behörde das Vermittleramt Appenzell anhalten, ihm den Leitschein ans Gericht herauszugeben, es sei das Vermittleramt durch das Aktuariat hiezu anzuhalten, „in Betracht, daß durch Art. 131, Absatz 2 des Obligationenrechts der Schuldner die Verrechnung geltend machen kann, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird."

D. Daraufhin stellte G. Barell mit Beschwerdeschrift vom 22. August 1887 beim Bundesgerichte den Antrag, es sei die angefochtene Verfügung der Standeskommission aufzuheben und diese Behörde pflichtig zu erklären, den beiden Urtheilen des Bezirksgerichtes Wyl vom 3. Juli und 31. Dezember 1886 auf dem Wege der Durchführung der angefochtenen Schuldbetreibung Vollzug zu verschaffen. Zur Begründung macht er geltend: die angefochtene Verfügung, wodurch die Vollstreckung der rechtskräftigen Urtheile des Bezirksgerichtes Wyl vom 3. Juli und 31. Dezember 1886 gehemmt werde, und nach welcher die Einforderung der durch diese Urtheile dem Rekurrenten zugesprochenen Guthaben der Entscheidung des innerrhodischen Richters unterstellt werden solle, enthalte eine Verletzung des Art. 61 der Bundesverfassung. Die vom Rekursbeklagten zu Begründung seines Rechtsvorschlages erhobene Kompensationseinrede, sei ein bloßer Vorwand, denn das appenzellische Urtheil vom 4. Februar 1886, aus welchem Schmid seine angebliche Gegenforderung herleite, spreche ja demselben gar keine Forderung zu. Es sollen auf diese Weise, durch Winkelzüge, die Rechtsfolgen der Thorheiten und Fahrläßigkeiten abgewendet werden, die Schmid in dem vor dem Bezirksgerichte Wyl abgewickelten Prozesse begangen habe. In dieser Weise könne aber Art. 61 der Bundesverfassung nicht illusorisch gemacht werden. Art. 131 des Obligationenrechts habe den Art. 61 der Bundesverfassung weder aufgehoben noch beschränkt. Wenn einer rechtskräftig zuerkannten Forderung im Vollstreckungsverfahren eine Gegenforderung entgegengestellt werden wolle, so müsse diese Gegenforderung zum Mindesten existent und liquid sein. Wenn es anginge, die Vollstreckung eines außerkantonalen rechtskräftigen Civilurtheils durch Vorschützen irgend einer frivolen Ausrede, irgend einer ersonnenen Gegenforderung zu hemmen, so wäre Art. 61 der Bundesverfassung ein bedeutungsloser Buchstabe.

E. Der Rekursbeklagte J. B. Schmid führt in seiner Rekursbeantwortung aus: Er anerkenne die Urtheile des Bezirksgerichtes von Wyl und habe die daraus hergeleitete Kostenforderung des Rekurrenten an sich nicht bestritten, allein er besitze

aus dem appenzellischen Urtheile vom 4. Februar 1886 für geleistete Arbeiten ꝛc. eine liquide und fällige Gegenforderung von 2000 Fr., mit welcher er nunmehr gemäß Art. 131 des Obligationenrechts kompensiren wolle und könne. Seine Gegenforderung sei keineswegs eine frivole Ausrede, gegentheils wolle der Rekurrent sich durch seine Manipulationen dem appenzellischen Urtheile vom 4. Februar 1886 entziehen. Er habe seinen Rechtsvorschlag rechtzeitig und bei der zuständigen Stelle gemacht und denselben von Anfang an auf seine Gegenforderung begründet; die Rechtsvorschlagsanzeige vom 16. Juli 1887 beziehe sich keineswegs auf einen neuen Rechtsvorschlag, sondern sie ergänze nur die, anfänglich vom Vermittleramte unvollständig in die Rechtsvorschlagsanzeige aufgenommene, Begründung seines ursprünglichen Rechtsvorschlages. Art. 131 des Obligationenrechts schließe ein Privilegium für gerichtlich gesprochene Forderungen aus. Es sei denn auch in der kantonalen Praxis die Kompensationseinrede gegenüber gerichtlich gesprochenen Geldern stets anerkannt und angenommen worden. Demnach werde beantragt: es sei die Rekursbeschwerde als unbegründet abzuweisen unter Kostenfolge.

F. Die Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. bemerkt: Sie habe durch ihren Beschluß, wodurch sie den vervollständigten Rechtsvorschlag des Rekursbeklagten als zuläßig erklärt habe, nicht darüber entschieden, ob derselbe begründet sei oder nicht; sie habe nur das Verfahren des Rechtsvorschlages vorbehalten. Es stehe übrigens hier eine Kompensationseinrede aus einem letztinstanzlichen Urtheile (dem Urtheile des appenzellischen Kantonsgerichtes) einer Forderung aus einem andern letztinstanzlichen Urtheile (dem Urtheile des Bezirksgerichtes Wyl) gegenüber.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung.

1. Die Rechtskraft der st. gallischen Urtheile, deren Vollstreckung rücksichtlich des Kostenpunktes der Rekurrent betreibt, ist vom Rekursbeklagten nicht bestritten, sondern ausdrücklich anerkannt worden. Wenn nichtsdestoweniger die Vollstreckung gehemmt wurde, so geschah dies, weil der Vollstreckungsbeklagte gegen den Judikatsanspruch eine materiell-rechtliche Einwendung, diejenige der Kompensation, erhoben hat.

2. Es fragt sich daher, inwiefern eine Hemmung der Vollstreckung rechtskräftiger Urtheile, wegen dieser vom Vollstreckungsbeklagten erhobenen Einwendung, mit Art. 61 der Bundesverfassung vereinbar sei. In dieser Richtung ist zunächst zu bemerken: Art. 131 des Obligationenrechts kann zur Rechtfertigung der Sistirung der Vollstreckung nicht herangezogen werden. Es ist richtig, daß dieser Artikel vorschreibt, der Schuldner könne die Verrechnung auch dann geltend machen, wenn seine Gegenforderung bestritten werde, es ist ferner richtig, daß Art. 132 des Obligationenrechts unter denjenigen Forderungen, welche ausnahmsweise wider den Willen des Gläubigers nicht durch Verrechnung getilgt werden können, die auf rechtskräftigem Urtheile beruhenden Forderungen nicht aufzählt. Allein daraus folgt nicht, daß nach dem Obligationenrecht die Einwendung der Kompensation auch noch in der Exekutionsinstanz statthaft sei, d. h. daß Kompensationseinreden, welche bereits im Prozesse hätten geltend gemacht werden können, aber nicht vorgebracht worden sind, noch in der Exekutionsinstanz dem Judikatsanspruche entgegengestellt werden können. Eine solche Regel wäre mit Wesen und Zweck des Prozesses kaum vereinbar. Der Prozeß ist ja auf definitive Feststellung des klägerischen Anspruches gerichtet und stellt daher an den Beklagten die Anforderung, daß er alle ihm gegen denselben zustehenden Einwendungen bei Strafe ihres Ausschlusses vorbringe. Das Oligationenrecht enthält denn auch diese Regel nicht, sondern schließt zum Mindesten nicht aus, daß die kantonale Prozeßgesetzgebung das nachträgliche Vorbringen der Kompensationseinrede in der Exekutionsinstanz als unzuläßig erkläre. Ebenso modifiziren die Bestimmungen des Obligationenrechts über Kompensation die kantonalgesetzlichen Vorschriften nicht, welche im Vollstreckungsverfahren (gegenüber rechtskräftigen Urtheilen) überhaupt nur solche Einreden zulassen, die sofort oder durch gewisse Beweismittel und dergleichen liquid gestellt werden können; das Obligationenrecht steht nicht entgegen, daß die Kompensationseinrede in dieser Beziehung behandelt werde wie eine andere Einrede. In der That handelt es sich hier ja nicht um Fragen des materiellen Privatrechts, sondern um Fragen des

(der kantonalen Regelung anheimgegebenen) Prozeßrechts, um Regeln des Vollstreckungsverfahrens.

3. Wird somit die Hemmung der Urtheilsvollstreckung nicht durch die citirten Bestimmungen des Obligationenrechts gerechtfertigt, so erscheint dieselbe überhaupt als unzulässig. Art. 61 der Bundesverfassung verpflichtet die Kantone jedenfalls, außerkantonale rechtskräftige Urtheile in gleicher Weise wie die Urtheile ihrer eigenen Gerichte zu vollziehen. Nun bestimmt aber Art. 1, Absatz 2 der appenzellischen „Verordnung über Prozeßeinleitung und das Verfahren vor Vermittleramt" vom 29. April 1883, daß gegen Forderungen und Amtsbote, welche sich auf ein gerichtliches Urtheil stützen, kein Rechtsvorschlag zulässig sei. Sollte auch aus dieser Gesetzesbestimmung nicht, wie ihr Wortlaut es mit sich zu bringen scheint, gefolgert werden müssen, daß materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Judikatsanspruch die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils niemals zu hemmen vermögen, so ist aus derselben doch jedenfalls abzuleiten, daß nicht wegen jeder beliebigen, vom Vollstreckungsbeklagten aufgeworfenen derartigen Einwendung eine Sistirung der Vollstreckung stattfinden darf; insbesondere muß festgehalten werden, daß die gedachte Vorschrift Einwendungen, wie die hier in Frage stehende, ausschließt. Die vom Vollstreckungsbeklagten aufgeworfene Kompensationseinrede nämlich stützt sich auf eine Forderung, welche aus der Zeit vor Erlaß der st. gallischen Urtheile datirt und ist völlig illiquid. Das Urtheil des Kantonsgerichtes von Appenzell J.-Rh. vom 4. Februar 1886, auf welches der Rekursbeklagte sich beruft, spricht demselben ja gar keine (Geld-) Forderung zu, sondern stellt nur fest, daß zwischen ihm und dem Rekurrenten ein Gesellschaftsverhältniß bestehe; mag nun auch vielleicht dem Rekursbeklagten aus diesem Gesellschaftsverhältnisse eine Forderung an den Rekurrenten wirklich zustehen, so ist dieselbe doch jedenfalls nicht richterlich festgestellt, sondern weder liquid noch (bei Bestreitung durch den Rekurrenten) auf anderm Wege als durch einen neuen, vielleicht weitläufigen, Prozeß zwischen den Parteien liquid zu stellen. Die Berücksichtigung derartiger Einwendungen in der Exekutionsinstanz steht aber mit dem

Grundsatze prompter Vollstreckung richterlicher Urtheile, wie er in Art. 1, Absatz 2 der appenzellischen Verordnung vom 29. April 1883 enthalten ist, jedenfalls in Widerspruch; sie verletzt somit, in ihrer Anwendung auf außerkantonale, schweizerische Urtheile, den Art. 61 der Bundesverfassung.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird mithin dem Rekurrenten sein Rekursbegehren zugesprochen.

V. Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen.

Différends de droit public entre Cantons.

66. Urtheil vom 26. Oktober 1887 in Sachen Thurgau gegen Zürich.

A. Die in ihrer thurgauischen Heimatgemeinde Neunforn wegen Minderjährigkeit unter Vormundschaft stehende Bertha Corradi (geboren den 19. Oktober 1864) wurde im Jahre 1878 mit Zustimmung des Waisenamtes Neunforn in der zürcherischen Gemeinde Wylen bei einem Verwandten (J. Straßer) untergebracht, bei welchem sie seither verblieben ist. Am 19. Oktober 1884 erreichte dieselbe das Alter der Mehrjährigkeit. Am 2. Februar 1885 unterzeichnete sie, auf Veranlaßung der heimatlichen Vormundschaftsbehörde, eine Erklärung, daß sie sich freiwillig unter Vormundschaft stelle. Bald nachher suchte sie indeß diese Erklärung wieder rückgängig zu machen und kam bei den thurgauischen Behörden (Bezirksrath und Regierungsrath) wiederholt um Aufhebung der Vormundschaft ein, wurde aber mit ihrem sachbezüglichen Begehren abgewiesen, vom Regierungsrathe des Kantons Thurgau durch Schlußnahmen vom 27. August und 21. Oktober 1886. Daraufhin verlangte das Waisenamt Neunforn, daß die B. Corradi von ihrem Dienst-

herrn Straßer (von welchem ein nachtheiliger Einfluß auf sie zu befürchten sei) wegziehe und sich zur Verfügung des Waisenamtes stelle. Da sie diesem Verlangen keine Folge leistete, so stellten die thurgauischen Behörden (das Bezirksamt Frauenfeld und später der Regierungsrath) bei den Behörden des Kantons Zürich das Begehren um polizeiliche Zuführung derselben. Dieses Begehren wurde indeß schließlich durch Schlußnahme des Regierungsrathes des Kantons Zürich vom 31. Mai 1887 definitiv abgelehnt.

B. Mit Schriftsatz vom 18. Juni 1887 stellt nunmehr der Regierungsrath des Kantons Thurgau beim Bundesgerichte das Begehren: Es seien die zürcherischen Behörden gehalten, die Curandin Bertha Corradi auf Grund der im Kanton Thurgau über sie bestehenden Vormundschaft dem heimatlichen Waisenamte zuführen zu lassen. Zur Begründung wird im Wesentlichen folgendes angeführt: die über die Bertha Corradi im Kanton Thurgau verhängte Vormundschaft sei rech'sgültig. Die Gesetzgebung des Kantons Zürich beruhe, was das Vormundschaftswesen anbelange, auf dem Heimatsprinzipe. Die Regierung des Kantons Zürich wolle demgemäß auch ihrerseits über die B. Corradi die Vormundschaft nicht verhängen. Wenn sie sich nichtsdestoweniger weigere, das Verfügungsrecht der thurgauischen Heimatgemeinde über die Corradi anzuerkennen, so berufe sie sich hiefür auf ihre Territorialhoheit. Diese sei an sich völlig anzuerkennen; allein aus derselben könne die Regierung von Zürich doch nicht Rechte herleiten, welche ihr nach ihrer eigenen Gesetzgebung gar nicht zustehen, und auch nicht Rechte mit Bezug auf Personen, welche einen rechtlichen Wohnsitz im Kanton Zürich nicht besitzen. Die Regierung von Zürich sei vielmehr verpflichtet, die von der heimatlichen Vormundschaftsbehörde befugterweise über die Person der B. Corradi getroffenen Verfügungen anzuerkennen.

C. Der Regierungsrath des Kantons Zürich führt in seiner Vernehmlassung auf diese Klage aus: Die Bertha Corradi habe ihren rechtlichen Wohnsitz im Kanton Zürich; einerseits habe sie von Anfang an ihren Wohnsitz in diesem Kanton mit Zustimmung der zuständigen thurgauischen Vormundschaftsbehörden

genommen, andererseits habe sie, nachdem sie volljährig geworden sei, ihren Wohnsitz im Kanton Zürich beibehalten und dadurch jedenfalls dort einen selbständigen Wohnsitz erworben. Die erst später, am 2. März 1885, durch die thurgauischen Behörden über sie verhängte freiwillige Vormundschaft vermöge hieran nichts zu ändern. Mit dem Eintritte des Volljährigkeitstermins, am 19. Oktober 1884, sei die Vormundschaft wegen Minderjährigkeit ipso jure dahingefallen und die Corradi habe alle Rechte einer volljährigen Person, mithin auch rechtliches Domizil am Orte ihres bisherigen natürlichen Wohnortes erlangt. Es liege also ein Fall von Vormundschaft vor, welcher nach konstanter bundesrechtlicher Praxis der zürcherischen Staatshoheit unterstehe. Diese könne durch die Gesetzgebung eines andern Kantons nicht geschmälert werden. Den zürcherischen Vormundschaftsbehörden sei durch die zürcherische Gesetzgebung gestattet, ihre Obsorge auch in Fällen wie dem vorliegenden eintreten zu lassen, wenn sie auch dazu allerdings nicht verpflichtet seien. Jedenfalls seien sie nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes, bundesrechtlich befugt, ihre vormundschaftliche Kompetenz auf alle, auf zürcherischem Territorium wohnenden, Personen auszudehnen. Die Souverainetät des Kantons Zürich über die in seinem Gebiete befindliche Person der B. Corradi müsse bundesrechtlich gerade ebenso geschützt werden, wie die Souveränetät des Kantons Thurgau über das in seinem Gebiete befindliche Vermögen derselben werde geschützt werden müßen. Demnach werde auf Abweisung der Beschwerde der Regierung des Kantons Thurgau angetragen.

D. Replikando bemerkt der Regierungsrath des Kantons Thurgau: Es handle sich nicht um die Frage, ob der Kanton Thurgau oder der Kanton Zürich berechtigt sei, die Vormundschaft über die B. Corradi auszuüben, denn die zürcherischen Behörden beabsichtigen gar nicht, die B. Corradi unter Vormundschaft zu nehmen; sie wollen im Gegentheil die Vormundschaft überhaupt unmöglich machen. Die Frage sei die, ob die im Kanton Thurgau in rechtsgültiger Weise unter Vormundschaft gestellte Corradi durch die zürcherischen Behörden der thurgauischen vormundschaftlichen Gewalt entzogen werden könne.

Dies sei zu verneinen. Von einem frei gewählten Domizile könne nicht die Rede sein. Einerseits sei die, allerdings mit dem Eintritt des Mehrjährigkeitstermins ipso jure erlöschende, Altersvormundschaft schon vor der formellen Entlassung der Corradi aus der Vormundschaft und der Vermögensherausgabe durch die freiwillige Vormundschaft ersetzt worden, andererseits sei sofort mit dem Eintritte der freiwilligen Vormundschaft das Domizil des Mündels wiederum vom Willen der Vormundschaftsbehörde abhängig geworden, und diese protestire nun eben gegen den Wohnsitz im Kanton Zürich. Der Kanton Zürich sei verpflichtet, die im Kanton Thurgau und nur in diesem gesetzmäßig verhängte Vormundschaft über die von der thurgauischen Vormundschaftsbehörde in seinem Gebiete untergebrachte Curandin anzuerkennen. Dies müßte sogar dann gelten, wenn der Kanton Zürich im Vormundschaftswesen dem Territorialprinzip huldigte; um so mehr sei daran festzuhalten, weil der Kanton Zürich das Heimatprinzip gesetzlich sanktionirt habe.

E. In seiner Duplik bemerkt der Regierungsrath des Kantons Zürich, er habe sich von Anfang an bereit erklärt, über die Corradi Vormundschaft einzuleiten und gebe diese Erklärung auch heute noch ab. Im Weiteren werde dann allerdings die Entschließung der zürcherischen Vormundschaftsbehörde an das, was thurgauischerseits als nöthig erfunden worden sei, nicht gebunden sein. Er müsse daher die Behauptung, die zürcherischen Behörden haben die Vormundschaft überhaupt unmöglich machen wollen, zurückweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Streit dreht sich darum, ob die Regierung des Kantons Zürich verpflichtet sei, eine von den thurgauischen Behörden über die Person der auf zürcherischem Territorium befindlichen thurgauischen Angehörigen B. Corradi getroffene vormundschaftliche Verfügung, so viel an ihr, zu vollstrecken. Die Regierung des Kantons Thurgau behauptet dies, weil das Recht der Vormundschaft über die B. Corradi dem Kanton Thurgau zustehe, während dagegen die Regierung des Kantons Zürich geltend macht, sie sei kraft der dem Kanton Zürich zustehenden Territorialhoheit befugt die B. Corradi für ihre

Person der Kompetenz der zürcherischen Vormundschaftsbehörden zu unterstellen und daher nicht verpflichtet, die Verfügung der thurgauischen Behörden zu vollziehen. Wenn die Regierung des Kantons Thurgau speziell betont, die zürcherischen Behörden beabsichtigen gar nicht, die Corradi ihrerseits unter Vormundschaft zu stellen, so ist diese Behauptung, abgesehen davon, ob sie thatsächlich richtig ist oder nicht, rechtlich völlig unerheblich. Es ist ja klar, daß, sofern bundesrechtlich die Person der B. Corradi der zürcherischen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit in Vormundschaftsachen untersteht, die zürcherischen Behörden befugt sind, nach eigenem Ermessen darüber zu entscheiden, ob die Entmündigung derselben auszusprechen sei oder nicht.

2. Nun kann keinem Zweifel unterliegen, daß die B. Corradi zur Zeit als die Vormundschaft zufolge eigenen Antrages im Kanton Thurgau über sie verhängt wurde, ihr Domizil im Kanton Zürich hatte, wo sie auch fortwährend thatsächlich sich aufhielt und aufhält. Sofort mit dem Eintritte des Mehrjährigkeitstermines wurde die Corradi rechtlich selbständig und erwarb dadurch jedenfalls mit diesem Momente rechtlichen Wohnsitz im Kanton Zürich. Der Kanton Zürich kann daher nicht verhalten werden, die über dieselbe in ihrem Heimatkanton verhängte Vormundschaft seinerseits anzuerkennen. Denn, wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat, ist, so lange Art. 46 der Bundesverfassung nicht durch die Bundesgesetzgebung ausgeführt ist, jeder Kanton bundesrechtlich befugt, die auf seinem Territorium wohnhaften Personen seiner Kompetenz in Vormundschaftssachen zu unterwerfen und steht daher in Konfliktsfällen die Befugniß über die Bevogtung der Personen zu entscheiden u. s. w., dem Wohnorts- und nicht dem Heimatkanton zu (vergleiche z. B. Amtliche Sammlung VIII, S. 728 Erw. 2). Ein solcher Konfliktsfall liegt aber hier vor. Ob nämlich die Regierung von Zürich, wenn sie im vorliegenden Falle die vormundschaftliche Kompetenz für die zürcherischen Behörden in Anspruch nimmt, die kantonalen Gesetze richtig anwendet, hat das Bundesgericht nach bekanntem Grundsatze nicht zu untersuchen.

3. In Bezug auf das im Kanton Thurgau gelegene Ver-

mögen der Corradi nimmt der Kanton Zürich vormundschaftliche Befugnisse nicht in Anspruch; vielmehr erkennt er in dieser Richtung die Kompetenz der thurgauischen Behörden an und es besteht daher hierüber kein Streit.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

67. Urtheil vom 21. November 1887 in Sachen St. Gallen gegen Thurgau.

A. Die politisch zum Kanton St. Gallen und zu der st. gallischen Gemeinde Waldkirch gehörenden Höfe Sornthal, Niedermühle und Räßenberg waren von altersher kirchlich der thurgauischen Pfarrgemeinde Bischofzell (katholisch und evangelisch) zugetheilt. Dieselben liegen in erheblicher Entfernung vom Dorfe Waldkirch, dagegen wesentlich näher bei den thurgauischen Ortschaften Bischofzell und Hauptweil, welch letztere Ortschaft erst seit 1816 eine selbständige Ortsgemeinde bildet. In Folge dieser Verhältnisse besuchten die Kinder aus den fraglichen Höfen bisher die Schulen in Bischofzell oder Hauptweil und zwar, wenigstens so lange die konfessionelle Trennung der Schulen im Kanton Thurgau bestand, die evangelischen Kinder die Schulen in Hauptweil, die katholischen wesentlich diejenigen in Bischofzell. Schon seit 1845 waren zwischen den evangelischen Bewohnern von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg und der Schulgemeinde Hauptweil Streitigkeiten entstanden, ob den erstern eine Schulberechtigung in Hauptweil zustehe, welche Streitigkeiten schließlich zu Unterhandlungen zwischen den Regierungen der Kantone St. Gallen und Thurgau führten. Durch diese Unterhandlungen wurde eine Einigung nicht erzielt, vielmehr hatten dieselben zur Folge, daß die Regierung des Kantons Thurgau, gemäß Schreiben an diejenige des Kantons St. Gallen vom 4. Februar 1887, die

Schulberechtigung der evangelischen Bewohner von Sornthal u. s. w. negirte und auch die st. gallischerseits verlangte unbedingte Anerkennung des Schulrechts der Katholiken verweigerte.

B. Mit Schriftsatz vom 28. Februar/4. März 1887 stellt nunmehr der Regierungsrath des Kantons St. Gallen beim Bundesgerichte den Antrag: Es sei der Kanton Thurgau gehalten, sowohl die katholischen wie die evangelischen Bewohner der Höfe von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg als Schulbürger von Bischofzell, beziehungsweise Hauptweil anzuerkennen. Zur Begründung dieses Antrages werden in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung wesentlich folgende Momente geltend gemacht:

1. In Betreff der katholischen Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg: Es sei eine ganz unbestrittene Thatsache, daß die katholischen Bewohner der genannten Ortschaften, wie sie von jeher zur katholischen Pfarrgemeinde Bischofzell gehört haben, so auch stets als Schulbürger von Bischofzell seien anerkannt worden. Dies werde unter Anderm in einem Berichte des katholischen Pfarramtes Bischofzell vom 12. September 1886 auf Grund einer geschichtlichen Darstellung der Verhältnisse eingehend dargelegt. An Hand dieses Berichtes wird ausgeführt: Bis in die 80ger Jahre des vorigen Jahrhunderts habe in Bischofzell einer vom Chorherrenstift gehaltene Pfarrschule bestanden, welche von den Katholiken der gesammten Pfarrei, also auch von denjenigen der in Rede stehenden st. gallischen Höfe, sei besucht worden. Nachdem im Anfange dieses Jahrhunderts in den verschiedenen Ortsgemeinden der Pfarrei eigene Schulen seien gegründet worden, sei ein bestehender Fonds für Beschulung armer Kinder auf die verschiedenen Schulgemeinden repartirt worden; in der hierüber errichteten Urkunde vom 19. Januar 1814 sei ausdrücklich bemerkt, daß Räßenberg, Niedermühle u. s. w. zu der Schule Bischofzell gezählt werden. So sei es bis heute geblieben. So lange die katholische Schule in Bischofzell bestanden habe, seien die Katholiken der fraglichen Höfe stets an die Schulgemeinden geladen worden und haben daran Theil ge-

nommen. Beim Schulhausbau in Bischofzell seien sie zu Steuern herangezogen worden und haben solche auch geleistet. Zu Anfang der 60ger Jahre habe zwar ein Herr Züllig in Niedermühle seinen Steuerbeitrag verweigert, insolange er nicht dagegen gesichert werde, eventuell gleiche Baukosten auch an die Gemeinde Waldkirch zahlen zu müssen. Der Administrationsrath des Kantons St. Gallen habe aber den Bescheid gegeben, Züllig könne seine Steuerpflicht ganz ruhig in Bischofzell, wo er auch sein Schulrecht habe, erfüllen, da die Bewohner von Sornthal u. s. w. nach Waldkirch nicht schulgenössig und daher auch nicht steuerpflichtig seien. Die zu Anfang der 1870ger Jahre im Kanton Thurgau erfolgte Einführung der konfessionslosen Schule, in Folge welcher die beiden konfessionellen Schulen in Bischofzell verschmolzen worden seien, habe an der Zugehörigkeit der Katholiken von Sornthal u. s. w. zum Schulkreise Bischofzell nichts geändert; auch seither haben die katholischen Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg bei allen Schulangelegenheiten in Bischofzell berathend, stimmend und steuernd mitgewirkt. Sie haben auch ihre Kinder in die Schule nach Bischofzell geschickt. Daß einige katholische Bewohner von Sornthal statt die Schule von Bischofzell (der größern Nähe wegen) die Schule von Hauptweil benutzt haben, wozu sie als Schulbürger von Bischofzell seien berechtigt gewesen, sei gleichgültig. Die Richtigkeit dieser geschichtlichen Darstellung bestreite auch der Regierungsrath des Kantons Thurgau nicht; aus derselben folge aber ohne weiters, daß die katholischen Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg vollberechtigte Schulbürger von Bischofzell seien. Bis in die neueste Zeit sei dies auch niemals bestritten, sondern stets anerkannt worden, theilweise sogar noch vom Regierungsrathe des Kantons Thurgau selbst in einer Schlußnahme vom 20. August 1886.

2. Betreffend die evangelischen Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg: Die evangelischen Bewohner von Sornthal u. s. w. seien von jeher nach Bischofzell kirch- und in Folge dessen, da ja früher die Schule Sache der Konfessionen gewesen sei, auch schulgenössig gewesen. Im Jahre 1760

habe nun der Gerichtsherr von Gonzenbach in Hauptweil eine (evangelische) Freischule für die Insaßen der Gonzenbach'schen Fideikommißgüter gestiftet. Nach und nach seien auch die evangelischen Bewohner von Hauptweil, sowie diejenigen von Sornthal als schulgenössig in diese Freischule aufgenommen worden. Ausdrücklich sei dies im Jahre 1804 geschehen, wo Lehensleute des Junkers von Gonzenbach im Schloße Hauptweil Eigenthümer des Hofes Sornthal geworden seien und diesen mit Lehensleuten evangelischer Konfession besetzt haben. In Folge dessen sei durch einen Beschluß des Schulkuratoriums von Hauptweil vom 16. Oktober 1807 der Hof Sornthal (ebenso wie Niedermühle) ausdrücklich als ein Bestandtheil des Schulkreises Hauptweil erklärt und diesem förmlich zugetheilt worden. Als im Jahre 1816 Hauptweil zu einer thurgauischen Ortsgemeinde erhoben worden sei, habe Junker Georg von Gonzenbach die von ihm gestiftete Freischule an die neue Gemeinde abgetreten. Bei später zwischen ihm und der Gemeinde Hauptweil entstandenen Differenzen, welche zu einem Prozesse geführt haben, seien die Bewohner von Sornthal gleich den Ortsgemeindebürgern von Hauptweil als sachbetheiligt aufgetreten. Bis zum Jahre 1849 haben die evangelischen Sornthaler unbeanstandet die Schule vou Hauptweil benutzt und ihr Stimmrecht in der Schulgemeinde ausgeübt; einzelne derselben seien zu Mitgliedern der Schulpflege u. s. w. gewählt worden. Oberst Egli in Sornthal habe am 6. Februar 1844 seine Steuer an den Schulhausbau in Hauptweil mit 101 Gulden 10 Kreutzer bezahlt, wofür die Quittung noch vorhanden sei. Erst seit 1849 haben die Hauptweiler die Schulbürger von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg nicht mehr zur Schulgemeinde eingeladen. Gleichwohl haben letztere niemals auf ihr Schulrecht verzichtet und seien nie einer andern Gemeinde definitiv zugetheilt worden. Ein Blick auf die Karte zeige, daß die Bewohner der betreffenden Höfe naturgemäß auf die nächstgelegenen Schulen in Hauptweil, beziehungsweise Bischofzell, angewiesen seien.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerdeschrift bemerkt der Regierungsrath des Kantons Thurgau bezüglich der Ansprüche für die katholischen Bewohner von Sornthal,

Niedermühle und Räßenberg: Es sei allerdings richtig, daß einzelne katholische Bewohner dieser Höfe bis in die jüngste Zeit als Schuleinwohner von Bischofzell seien behandelt worden, während andere die näher gelegene Schule in Hauptweil benutzt haben. Es sei aber die Frage, wie es mit diesem Schulrechte de jure stehe, niemals untersucht worden. Der Regierungsrath habe erst vor einigen Jahren die Gelegenheit gehabt, der Frage näher zu treten; er sei dabei, wie sich aus einer von ihm gefaßten Schlußnahme vom 20. August 1886 ergebe, zu der Anschauung gelangt, die katholischen Einwohner Sornthals können de jure heutzutage nicht als Angehörige der Schulgemeinde Bischofzell betrachtet werden. Die thurgauische Verfassung vom 28. Februar 1869 kenne keine Schulbürger mehr; sie habe in § 48 die gesammte Verwaltung des Schulvermögens und die Bestreitung der Schulbedürfnisse den Schuleinwohnergemeinden übertragen. Ebenso seien die konfessionellen Schulen mit der 1869ger Verfassung vollständig dahingefallen und es bestimme Art. 8 des Unterrichtsgesetzes vom 29. August 1875, daß (vorbehältlich der unter gewissen Umständen vorbehaltenen Befugniß, die Schule eines benachbarten Kreises zu benützen), jeder Einwohner Recht und Pflicht habe, seine Kinder in die Schule desjenigen Schulkreises zu schicken, in welchem er seinen Wohnsitz habe. Ein persönliches Schulrecht einzelner Privaten kennen die Gesetze nicht. Das Schulwesen sei öffentlich-rechtlicher Natur und es seien die Kantone verpflichtet, für den obligatorischen Primarunterricht zu sorgen und zu diesem Zwecke die einzelnen Ortschaften Schulkreisen zuzutheilen. Die katholischen (wie die evangelischen) Bewohner Sornthals seien daher als Angehörige des betreffenden st. gallischen Schulkreises zu betrachten und der Kanton St. Gallen verpflichtet, denselben eine Schule anzuweisen. Aus den bisherigen faktischen Verhältnissen können Rechte und Pflichten nicht abgeleitet werden; nach der thurgauischen Gesetzgebung haben von jeher nur die Oberbehörden, nicht aber die Gemeinden Schulrechte einräumen können. Diese Anschauung sei prinzipiell gewiß richtig; sie stehe in gleicher Weise auch den für die evangelischen Bewohner Sornthals erhobenen Ansprüchen entgegen. In Betreff dieser

Ansprüche wird des Weitern auf ein ausführliches Memorial der Schulvorsteherschaft Hauptweil verwiesen, aus welchem Folgendes hervorzuheben ist: Bis zum Jahre 1804 habe es in Sornthal überhaupt noch gar keine evangelischen Einwohner gegeben; diese Ortschaft sei vielmehr ausschließlich katholisch gewesen, habe also nicht zur evangelischen Pfarrgemeinde Bischofzell gehören können. Der Beschluß des Schulkuratoriums von 1807 theile allerdings (neben andern Höfen) auch Sornthal, Niedermühle und Räßenberg der Freischule Hauptweil zu; aber dieser Beschluß habe für die evangelischen Bewohner dieser Ortschaften kein Recht auf die Schule in Hauptweil begründet. Zunächst werde in dem Beschlusse selbst genau unterschieden zwischen demjenigen Bezirk, für welchen die Freischule laut der Stiftungsurkunde von 1760 eigentlich bestimmt sei, — nämlich der Flecken Hauptweil und die beiden Rebhäuser, — und den Nachbarortschaften, welchen nur gegen besondere Vergütung und auf jeweiliges Gesuch die Benutzung der Freischule gestattet werde. Blos unter diesen Nachbarortschaften werden Sornthal und Niedermühle aufgezählt. Sodann aber habe das Schulkuratorium der Freischule vom Jahre 1807 gar kein Recht auf die Gemeindeschule Hauptweil begründen können, welche erst im Jahre 1816 entstanden sei. In diesem Jahre 1816 habe Junker von Gonzenbach den Fonds der zum Besten der reformirten Bewohner Hauptweils gestifteten Freischule der evangelischen Bürgerschaft Hauptweils zur Selbstverwaltung übergeben; von einer Zutheilung st. gallischer Ortschaften zum Kreise der evangelischen Schule Hauptweil sei weder damals noch später je die Rede gewesen. In dem spätern Rechtsstreit zwischen der evangelischen Bürgerschaft Hauptweils und dem Junker von Gonzenbach habe sich ein Bewohner Sornthals, Oberst Egli, allerdings betheiligt, allein nicht für die Einwohner Sornthals, sondern nur in seiner persönlichen Eigenschaft als Bürger von Hauptweil. Auch später seien die evangelischen Bewohner von Sornthal u. s. w. nie als Angehörige der Schulgemeinde behandelt worden. Es seien dieselben nicht, gemäß dem neuen Ansäßengesetz von 1835, mit der Ansäßentaxe belegt, sondern es sei nur von ihren Kindern, als von

fremden Kindern, ein Schullohn bezogen worden. Einzelne Sornthaler Einwohner seien allerdings in die Schulvorsteherschaft von Hauptweil gewählt und zu Schulzwecken besteuert worden, allein nicht als Bewohner von Sornthal, sondern als (auswärts wohnende) Bürger von Hauptweil. Daß evangelische Kinder aus Sornthal u. s. w. in die Schule zu Hauptweil aufgenommen worden seien, soweit Platz für sie vorhanden gewesen sei, begründe ein Recht der evangelischen Bewohnerschaft von Sornthal u. s. w. nicht. Zum eigentlichen Streit über die vermeintliche Berechtigung der Sornthaler sei es seit 1845 gekommen, wo die Schulvorsteherschaft in Hauptweil die Ausstellung eines Reverses verlangt habe, daß die den Kindern von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg gestattete Aufnahme in die Schule Hauptweil nie als ein Zugeständniß einer Berechtigung dürfe aufgefaßt werden, sondern der Schulvorsteherschaft jederzeit frei stehe, die Kinder aus jenen Höfen von der Schule wegzuweisen. Da ein solcher Revers nicht ausgestellt worden sei, so habe die Schulvorsteherschaft am 1. Mai 1846 beschlossen, den Grundeigenthümern von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg mitzutheilen, daß ihre Kinder mit Ostern 1847 keine Aufnahme in die Schule zu Hauptweil mehr finden werden. Schon im Jahre 1851 und später wieder im Jahre 1864, seien die daraufhin erhobenen Beschwerden der Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg vom Erziehungsrathe und vom Regierungsrathe des Kantons Thurgau als unbegründet zurückgewiesen worden und es haben hernach Kinder aus den genannten Höfen gegen Schulgeld wieder Aufnahme in die Schulen Hauptweils gefunden, soweit Platz gewesen sei. Im Jahre 1874 habe die Regierung des Kantons St. Gallen Unterhandlungen angebahnt, um die Einverleibung von Sornthal in die Schulgemeinde Hauptweil zu bewirken; dabei sei von Rechtsansprachen der Sornthaler gar keine Rede gewesen und damit also anerkannt worden, daß solche nicht bestehen. Im Jahre 1883 aber haben die Sornthaler ihre Prätension erneuert und es sei ihnen hierauf die fernere einstweilige Benutzung der Schule in Hauptweil nur gegen Ausstellung eines Reverses gestattet worden, in welchem sie

anerkennen, daß Sornthal, Niedermühle und Räßenberg in Hauptweil nicht schulberechtigt seien; dieser Revers sei auch von sämmtlichen Vätern evangelischer Konfession, welche Kinder in die Schule zu schicken hatten, unterzeichnet worden. Auch seit nach Inkrafttreten der neuen Kantonsverfassung von 1869 sämmtliche Schulgemeindeeinwohner schulsteuerpflichtig geworden, sei von den Bewohnern von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg niemals eine Schulsteuer bezogen worden.

D. In seiner Replik führt der Regierungsrath des Kantons St. Gallen gegenüber den Einwendungen des Regierungsrathes des Kantons Thurgau aus: Die Schulgenössigkeit der katholischen Einwohner von Sornthal u. s. w. nach Bischofzell sei so selbstverständlich und eingelebt gewesen, daß es bis in die allerjüngste Zeit Niemandem eingefallen sei, sie zu bestreiten und es habe dieselbe daher einer rechtlichen Feststellung nicht bedurft. Um eine willkürliche Einräumung von Rechten an st. gallische Angehörige durch thurgauische Gemeindebehörden handle es sich nicht; das Verhältniß sei vielmehr ein ganz anderes. Die st. gallischen Staatsangehörigen der in Betracht kommenden Höfe seien von jeher vollberechtigte Schulbürger von Bischofzell, beziehungsweise Hauptweil gewesen, und dieses Recht könne nicht willkürlich von irgend welcher Behörde im Kanton Thurgau aufgehoben werden. Sogar die thurgauische Gesetzgebung habe sich mit diesen Verhältnissen abzufinden, denn ihre Machtsphäre reiche nicht über das Kantonsgebiet hinaus und sie könne daher das Schulrecht, das ein St. Galler im Thurgau besitze, nicht einfach abschneiden. Gegenüber dem Memorial der Schulvorsteherschaft Hauptweil wird auf eine Gegenschrift des Bezirksschulrathes von Goßau verwiesen; in dieser Gegenschrift werden, im wesentlichen in weiterer Entwickelung der bereits in der Beschwerdeschrift des Regierungsrathes des Kantons St. Gallen geltend gemachten thatsächlichen und rechtlichen Momente, die Ausführungen der Schulvorsteherschaft von Hauptweil bekämpft. Es wird insbesondere darauf hingewiesen, daß die evangelischen Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg von jeher zur evangelischen Schulgemeinde Bischofzell gehört haben und zu gar keiner andern Gemeinde haben

gehören können, daß die Kinder derselben während längerer Zeit ungehindert die Schule zu Hauptweil besucht haben, daß im Jahre 1844 Major Egli in Sornthal eine Steuer für den Schulhausbau in Hauptweil bezahlt habe, was wohl zeige, daß er als dortiger Schulgenosse behandelt worden sei und daß im Jahre 1818 Oberst Egli in Sornthal evangelisch Sornthal in Schule und Armengut von Hauptweil eingekauft habe. Der im Jahre 1883 von der Schulvorsteherschaft Hauptweil den Familienvätern der betheiligten st. gallischen Höfen abgedrungene Revers sei rechtlich bedeutungslos; nicht die betreffenden Familienväter, sondern nur die Regierung des Kantons St. Gallen hätte gültig auf die Schulberechtigung verzichten können.

E. Duplikando hält der Regiernngsrath des Kantons Thurgau an seinen Ausführungen fest, ohne in thatsächlicher oder rechtlicher Beziehung wesentlich Neues anzubringen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Regierungsrath des Kantons St. Gallen hat sich nicht darüber ausgesprochen, ob der von ihm geltend gemachte Anspruch civil- oder staatsrechtlicher Natur sei, wie er es denn überhaupt unterlassen hat, sich über die rechtliche Natur dieses Anspruches irgendwie zu äußern. Es ist indeß anzunehmen, daß die Anhebung einer staatsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des Art. 57 des Organisationsgesetzes beabsichtigt sei. Hiefür spricht sowohl die Formulirung des Rechtsbegehrens, welches auf Anerkennung eines thurgauischen sogenannten Schulbürgerrechtes der Einwohner der in Rede stehenden st. gallischen Höfe, also auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechtes, gerichtet ist, als auch die ganze Haltung der Parteischriften. Es ist demnach im gegenwärtigen Verfahren nur zu prüfen und zu entscheiden, ob der von der Regierung des Kantons St. Gallen erhobene öffentlich-rechtliche Anspruch begründet sei. Privatrechtliche Ansprüche, welche den Bewohnern von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg oder einzelnen derselben gegen die Gemeinden Bischofzell und Hauptweil etwa zustehen möchten (insbesondere allfällige Antheilsberechtigungen an Schulfonds und dergleichen) fallen für das gegenwärtige Verfahren gänzlich außer Betracht.

2. Die Regierung des Kantons St. Gallen beansprucht, daß der Kanton Thurgau verpflichtet sei, Bewohner st. gallischen Gebietes, die im Uebrigen der thurgauischen Territorialhoheit nicht unterstehen, im Schulwesen als thurgauische Angehörige (als Angehörige eines thurgauischen Schulkreises) zu behandeln; sie beansprucht also, daß der Staat und die betheiligten Gemeinden des Kantons Thurgau verpflichtet seien, für diese st. gallischen Angehörigen, an Stelle der territorialen (st. gallischen) öffentlichen Gewalt einen Zweig des öffentlichen Dienstes zu besorgen. Dieser behaupteten Verpflichtung der thurgauischen Staatsgewalt müßte dann natürlich das Recht des Kantons Thurgau entsprechen, seine Gesetzgebung und Verwaltung im Schulwesen über die Grenzen seines Staatsgebietes hinaus, auf st. gallisches Territorium, zu erstrecken, ein Recht, welches juristisch wohl als Staatsdienstbarkeit zu qualifiziren wäre. Ein derartiges Rechtsverhältniß, wonach ein Staat auf dem Gebiete eines andern Staates an dessen Stelle gewisse öffentlich-rechtliche Verpflichtungen zu erfüllen verpflichtet ist, zu diesem Zwecke aber auch gewisse publizistische Berechtigungen besitzt, ist juristisch möglich. Allein es ist jedenfalls der Bestand eines solchen Rechtsverhältnisses nicht zu vermuthen, sondern es ist, in Ermangelung völlig zwingender Beweise für das Gegentheil, davon auszugehen, daß, der Regel gemäß, Recht und Pflicht zu Besorgung öffentlicher Dienstzweige sich nicht über das Staatsgebiet hinaus erstreckt. Als Entstehungs- beziehungsweise Erkenntnißgrund des Bestehens eines solchen Rechtsverhältnisses können in Betracht kommen Staatsvertrag, sonstige staats- resp. völkerrechtliche, für die betheiligten Staaten verbindliche, Akte (wie völkerrechtlicher Schiedsspruch und dergleichen) und endlich die unvordenkliche Zeit.

3. Fragt sich nun, ob hier ein derartiger Thatbestand erwiesen sei, so ist dies zunächst in Betreff der evangelischen Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg unbedenklich zu verneinen. Ein Staatsvertrag, wonach der Kanton Thurgau die Obsorge für das Schulwesen dieser st. gallischen Angehörigen übernommen hätte, liegt nicht vor; ebensowenig ist erwiesen, daß diese jemals durch einen sonstigen staatsrecht-

lichen, für den Kanton Thurgau verbindlichen, Akt einem thurgauischen Schulkreise zugetheilt worden wären. Der Beschluß des Schulkuratoriums von Hauptweil von 1807, der einzig etwa angeführt werden könnte, ist nicht beweisend, schon deßhalb nicht, weil derselbe gar nicht den Sprengel einer öffentlichen Schule, sondern denjenigen der von Gonzenbach'schen Freischule betrifft. Ferner ist die Schulberechtigung der evangelischen Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg zwischen diesen und der betheiligten thurgauischen Schulgemeinde Hauptweil bereits seit einem Menschenalter bestritten, und sind auch aus der frühern Zeit keine Thatsachen festgestellt, aus welchen unzweideutig folgen würde, daß die evangelischen Sornthaler als Angehörige des Schulkreises Hauptweil oder Bischofzell anerkannt worden wären. Die bloße Thatsache, daß ihnen die Benutzung der Hauptweiler-Schule gegen Schulgeld gestattet wurde, beweist dies natürlich nicht. Im Uebrigen ist blos dargethan, daß einzelne evangelische Bewohner von Sornthal von der Schulgemeinde Hauptweil in die Schulvorsteherschaft u. s. w. gewählt und auch zu Schulzwecken besteuert wurden; da aber die Betreffenden gleichzeitig auch Ortsbürger von Hauptweil waren, so ist nicht klar, ob sie nicht vielmehr in dieser Eigenschaft, denn als evangelische Bewohner von Sornthal gewählt und besteuert wurden. Angesichts dieser Thatsachen kann auch von einem unvordenklichen Besitzstande von vorneherein nicht die Rede sein.

4. Etwas anders liegt der Sachverhalt in Betreff der katholischen Einwohner der in Frage stehenden Höfe. Hier kann nicht füglich bezweifelt werden, daß dieselben bisher thatsächlich als Schulgenossen von Bischofzell behandelt, als solche z. B. zu den Gemeindeversammlungen eingeladen und für Schulzwecke besteuert wnrden. Allein es kann doch aus diesem seitherigen thatsächlichen Zustande nicht eine rechtliche Verpflichtung des Kantons Thurgau abgeleitet werden, diese st. gallischen Angehörigen fortdauernd als Angehörige des thurgauischen Schulkreises Bischofzell zu behandeln und somit für deren Schulbedürfnisse seinerseits zu sorgen. Es ergibt sich nicht, daß die thurgauische Staatsbehörde jemals in eine Zutheilung der

katholischen Einwohner des fraglichen st. gallischen Bezirkes zu einer thurgauischen Schulgemeinde eingewilligt hätte oder daß diese Zutheilung sonst durch einen für den Kanton Thurgau verbindlichen staatsrechtlichen Akt erfolgt wäre. Die bloße faktische Uebung dagegen, nach welcher katholische Bewohner von Sornthal, Niedermühle und Räßenberg die Schule in Bischofzell wie Gemeindeangehörige benutzten und auch wie solche zu Schulzwecken besteuert wurden und dergleichen, darf nicht ohne weiters als Ausdruck eines Rechtsverhältnisses gedeutet werden, kraft dessen dieser Zustand unbeschränkt, trotz aller Umgestaltung der thatsächlichen Verhältnisse und aller Wandlungen der Gesetzgebung, aufrechterhalten werden müßte. Es liegt in der Duldung der fraglichen thatsächlichen Uebung, für so lange dieselbe eben erhebliche Inkonvenienzen nicht nach sich zog, noch nicht die Anerkennung einer rechtlichen Verpflichtung; vielmehr wäre der Schluß auf eine solche verpflichtende Anerkennung ein zu gewagter. Bestände eine solche, so müßte der Kanton Thurgau für die Schulbedürfnisse der fraglichen Bewohner auch dann sorgen, wenn die Verhältnisse sich wesentlich ändern, wenn z. B. die in Frage stehenden st. gallischen Höfe zu erheblichen, volkreichen Dörfern oder Flecken heranwachsen sollten. Diese Konsequenz zeigt, daß auf eine rechtsverbindliche Zutheilung des in Rede stehenden Bezirkes zu einer thurgauischen Schulgemeinde nicht ohne weiters aus einer thatsächlichen Uebung gefolgert werden darf, welche auch als bloße Duldung rebus sic stantibus gedeutet werden kann.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde des Regierungsrathes des Kantons St. Gallen wird abgewiesen.

---

68. *Sentenza del 5 novembre 1887, nella causa cantone di Zurigo, contro cantone del Ticino.*

A. Ai 7 settembre del 1880 veniva raccolto a Pfäffikon un sordo-muto, privo di mezzi di sussistenza, incapace di dare di sè alcuna contezza e senza carta alcuna di legittimazione.

La polizia zurighese fece tosto le più minute ricerche, tenne lunghe corrispondenze con diversi governi cantonali, pubblicò sui fogli replicati avvisi, diffuse fotografie rappresentanti lo sconosciuto e promise anche mancie agli scopritori, ma senza approdare per lunga pezza a nessun felice risultamento. Con officio 3 aprile 1883, finalmente, la direzione centrale di Polizia a Bellinzona avvertiva quella di Zurigo, essere quel sordo-muto stato riconosciuto per « Domenico Benedetto Brioschi, del fu Luigi e della vivente Clara Zarri, nato a Magliaso il 27 aprile 1853 e da diversi anni scomparso da quel Comune. » Ne chiedeva pertanto la consegna, che avveniva ad Airolo il 9 stesso aprile, raccomandandosi ad un tempo per il conseguimento della promessa ricompensa di franchi 150 a favore dello scopritore.

B. Negata innanzitutto la offerta mancia, per il pagamento della quale non fu più fatta del resto, — da parte delle autorità ticinesi di polizia, — nessuna posteriore istanza, il governo di Zurigo invitava quello del Ticino, con foglio del 21 luglio 1883, a prendere, in confronto del comune d'origine del Brioschi, le opportune misure affinchè venissergli restituite le spese incontrate per le laboriose ricerche dell'origine e pel mantenimento dell'infelice, ascendenti a 819 franchi 30 cent. Giustificava la sua domanda col dire che tali spese erano state essenzialmente occasionate dalla grave incuria delle autorità di detto Comune e che il rimborso loro eragli manifestamente dovuto eziandio alla stregua delle regole di diritto privato concernenti la *negotiorum gestio*.

Il governo ticinese rispondeva, ai 7 settembre 1883, che « essendo sorta questione sull'attinenza comunale del Brioschi e non sapendo da qual Comune ripetere l'ammontare delle spese occasionate dal medesimo, » pregava a pazientare ancora per qualque tempo il rimborso, giacchè la quistione dell'attinenza Brioschi sta ventilandosi e sperasi di poterla condurre in breve a maturità di giudizio. »

C. Richiamatasi du Zurigo l'instanza di cui sopra, il governo ticinese significavagli agli 11 aprile 1884 : « aver esso con suo decreto 27 settembre 1883 dichiarato il sordo-muto

B. e la sua famiglia incorporati nel Comune di Barbengo, ove tenevano domicilio già prima del 1870, obbligando pure il detto Comune a provvedere al pagamento delle spese in discorso. » Aggiungeva però che: « contro quel decreto la Municipalità di Barbengo avea sporto gravame al Gran Consiglio, davanti al quale pende tuttora la relativa quistione, » e prometteva « che avrebbe fatto alla sovrana Rappresentanza, convocata in sessione ordinaria pel 21 stesso mese, pressante invito a volersene occupare tosto ed a procurarne lo scioglimento definitivo, onde poter dare a Zurigo la necessaria evasione. »

D. Ai 12 dicembre 1884, 30 dicembre 1885 e 7 agosto 1886 nuove sollecitazioni per parte del governo zurighese ed eguale riscontro : la quistione d'attinenza del Brioschi è sempre pendente innanzi al Gran Consiglio, il quale è ogni volta invitato di ricapo a volerla sciogliere definitivamente, anche alfine di evitare il minacciato intervento delle autorità federali. Avendo finalmente il Consiglio di Stato di Zurigo significato, con officio del 12 marzo corrente anno, al governo ticinese « che non si credeva obbligato a rimanere più a lungo in » disborso delle sue spese e che ne aspettava senza ulte- » riore ritardo la restituzione, salvo ad esso Governo il » diritto di regresso verso il Comune che risulterà essere » quello dell'attinenza Brioschi, » il Consiglio di Stato del cantone Ticino, richiamato un suo precedente decreto 19 novembre 1886, con cui aveva risolto di rinnovare le anteriori sollecitazioni al Gran Consiglio e di sospendere, in attesa della decisione di quest' ultimo, le misure contro la Municipalità di Barbengo per l'incasso delle ripetute spese, dichiarava sotto ai 23 marzo 1887 : « che la cassa dello Stato non era obbligata al rimborso delle spese fatte da Zurigo per la necessaria soccorrevole assistenza al Brioschi, più che miserabile, e ciò in forza delle vigenti leggi ticinesi, che mettono ogni spesa e soccorso per i poveri a carico dei Comuni di attinenza. Inoltre (aggiungeva) stimiamo di rendere avvertite le SS. VV. che i Comuni in questione per la incorporazione

del Brioschi hanno fatto presentire che a qualsivoglia d'essi venga dal Gran Consiglio accollata l'attinenza del medesimo, intendono prevalersi, contro il domandato credito di franchi 820 cent. 50, dei dispositivi del decreto federale 22 giugno 1875. »

E. Esperita allora inutilmente una istanza d'intervento al Consiglio federale, il governo di Zurigo risolvevasi il 30 aprile 1887 a recare la vertenza davanti al tribunale federale, presso il quale deponeva difatti, ai 26 maggio ultimo scorso, un petitorio concludente a che : « il Consiglio di Stato del cantone Ticino fosse obbligato a pagargli le spese avute dal suo fisco durante gli anni 1880-1883 per il mantenimento e la ricerca dell'origine del sordo-muto B., ammontanti a franchi 819 cent. 30, compresi gl'interessi arretrati dal principio di settembre 1883 (C. O. art. 117, ss.), nonchè tutti i danni e le spese per il processo. »

Adduceva per sommi capi, a conforto di siffatta domanda, le seguenti considerazioni : Il riconoscimento del B. quale originario ticinese porta seco, da una parte, per il Consiglio di Stato e rispettivamente il Gran Consiglio, l'obbligo di assegnare allo stesso un Comune di attinenza, e dall'altra, quello del risarcimento delle spese come sopra avute dal governo zurighese. Ed oltre a questi obblighi d'ordine pubblico, scaturienti dagli art. 68 e 43 della costituzione federale, così come dal principio dell'ajuto confederato in cose giudiziarie, incombe alle autorità ticinesi anche quello di natura privata, il quale deriva da ciò : 1° che le spese in litigio furono causate dalla loro propria trascuratezza nella custodia del B. dapprima e nel rintracciarlo da poi ; 2° che la relativa somma fu versata da Zurigo come negotiorum gestor per il Ticino e nel suo interesse, in modo giusto e corrispondente allo scopo ; 3° che nelle sue corrispondenze officiali con Zurigo il Ticino ha, — quasi al mezzo di una confessione stragiudiziaria, — riconosciuto dover esso esigere dal Comune l'importo delle spese in querela. Soggiungeva poi, a complemento, che tornerà facile al convenuto di trovare i mezzi di farsi rim-

borsare dal Comune d'origine, che, — col non avere in tanto spazio di tempo assegnato al B. nessun Comune, — Governo e Gran Consiglio del Ticino hanno implicitamente impedito al cantone di Zurigo di citarne direttamente uno e si sono resi per tal modo civilmente responsabili in di lui confronto, e infine che, non trattandosi di ammalato o di decesso, la invocata legge federale 22 giugno 1875 non poteva applicarsi al caso concreto.

F. Nella sua risposta del 7 luglio p°. p°. il governo ticinese, premesso :

1° che il Ticino non è obbligato a rifondere Zurigo delle spese di cui si tratta, quest'obligo, — se obbligo sarà ritenuto dal tribunale federale, — dovendosi assumere dal Comune dell'incorporato, nessuna legge, nessuna convenzione e neppure la consuetudine mettendo a carico del Cantone d'origine le spese di mantenimento e custodia fatte per cittadini poveri, ammalati o sani, e la sorveglianza, mero attributo di polizia che la legge impone allo Stato ossia al Governo in dati casi, non coinvolgendo obbligo nessuno di corrisponsioni pecuniarie ; 2° che le autorità cantonali non hanno nè trascurato nè mancato ai loro doveri verso Zurigo, prestando come fecero e faranno in avvenire i loro buoni offici, l'ajuto confederato, perchè il rimborso avvenga ; 3° che gli atti governativi non contengono alcuna confessione stragiudiziale riguardo all'obbligo di rifusione, ma unicamente la promessa di prestare l'ajuto confederato a che il rimborso avvenga da parte del Comune ; 4° che gli interessi non sono dovuti neanche dal Comune, perchè non convenuti ;

e « rimettendo al tribunale federale il decidere se sia o non sia dovuta la mancia promessa, » propone la rejezione pura e semplice dell'avanzata domanda, con la condanna nelle spese d'officio e ripetibili.

G. Nelle rispettive allegazioni di replica e duplica mantengono amendue le parti le conclusioni già precedentemente formolate in una coi relativi motivati di fatto e di diritto, aggiungendovi : *l'attrice*, che la competenza della Corte a

conoscere del petitorio emerge sia dall'art. 57 della legge sulla organizzazione giudiziaria federale, il quale riflette le contestazioni di diritto pubblico fra Cantoni, sia dall'art. 27 n° 3 ibidem che concerne quelle di giure civile fra i medesimi, siccome dalle sue sentenze 24 luglio 1882 e 28 settembre 1878 (Racc. off. VIII, p. 436; IV, p. 460) si eruisce, che il rifiuto di pagare la promessa mancia aveva ed ha la sua fondata ragione in ciò che la mancia stessa vuol essere sopportata da chi sarà riconosciuto in obbligo di rispondere delle spese in genere che occasionò la ricerca del Brioschi e infine che l'obbligo di rappresentare i rispettivi Comuni in simili contingenze fu già dal tribunale federale ammesso con sentenza del 3 novembre 1871 in una specie analoga tra Zurigo e Sciaffusa.

Premessi in fatto ed in diritto i seguenti ragionamenti:

1° La domanda formolata dal Governo di Zurigo si fonda ad una volta e sopra considerazioni di diritto *pubblico*, desunte dagli articoli 68, 43 e successivi della costituzione federale e dal principio dell'ajuto confederato in cose giuridiche, e sopra argomenti di diritto *privato*, attinti alla responsabilità dello Stato per le mancanze di cui si rendono colpevoli le sue autorità, alle norme che reggono la gestione d'affari senza mandato e ad una pretesa confessione stragiudiziale del Governo convenuto, involgente riconoscimento dell'obbligo alla rifusione delle spese da quella negligenza occasionate.

Non ostante questa sua duplice motivazione e quantunque diretta a conseguire una prestazione di ordine privato, ossia il rimborso di una determinata somma di danaro, la domanda stessa riveste nulladimeno, nell'essenziale, il carattere pubblico, siccome quella che poggia precipuamente sui rapporti esistenti fra le parti quali soggetti di diritto pubblico, non sopra un onere di natura privata che incomberebbe al cantone Ticino nella sua qualità di fisco, che è quanto dire come a soggetto di diritto civile. Nè muta specie che siansi invocati di transenna anche singoli disposti del codice federale delle

obbligazioni, perocchè sebbene questo possa trovare anche sul terreno del diritto pubblico analogica applicazione, è però manifesto che tutte le argomentazioni addotte nel petitorio si basano piuttosto sulla circostanza cardinale dell'avere il governo attore gerito e — pel contegno delle autorità ticinesi — dovuto gerire affari la cui gestione, secondo le vigenti massime di diritto pubblico, sarebbe spettata al cantone convenuto.

La competenza del tribunale federale a conoscere della promossa azione non può dunque venire desunta dall'articolo 27 N° 3 della legge sulla organizzazione giudiziaria federale, che chiama il tribunale medesimo a pronunciare in cause di diritto civile fra Cantoni, giacchè qui non si tratta di una causa civile, ma bensì unicamente dall'art. 57 ibidem, in quanto si tratti in casu precisamente di una contestazione di diritto pubblico intercantonale (V. la sentenza 24 luglio 1882 del tribunale federale nella causa fra Basilea-Città e Soletta, Racc. off. VIII p. 442 cons. 1°.)

2° Nel suo merito la questione si riduce tutta a vedere, se al cantone Ticino corra, per ragioni di diritto pubblico, l'obbligazione di prestare assistenza a quelli tra i suoi attinenti che ne hanno bisogno. E la risposta vuol essere negativa.

Fra le disposizioni dello Statuto federale dal governo attore invocate, la sola che potrebbe applicarsi in qualche modo al fattispecie sarebbe quella di cui al 3° lemma dell'art. 45, che suona:... « il domicilio può essere revocato a » coloro che cadono in modo permanente a carico della be- » neficenza pubblica ed a cui il Comune od il Cantone d'ori- » gine non accorda un proporzionato sostentamento, quan- » tunque richiestone officialmente. » Senonchè, come fu già detto e spiegato nella sentenza 28 settembre 1878 di questa Corte sulla causa dello Stato di Vaud e del Comune di Moudon (Racc. off. IV p. 366 ss., cons. 3°), — « sebbene desti- » nato a restringere salutarmente l'illimitato diritto di espul- » sione degl'indigenti spettante al Cantone di domicilio, non » cade dubbio che codesto prescritto non obbliga per nulla

» il Cantone d'origine all'assistenza dei proprî attinenti. » Lo stesso dicasi riguardo all'art. 48 ibidem, il quale statuisce che « una legge federale fisserà le necessarie disposizioni » per le spese di attinenza e d'inumazione di attinenti po- » veri di un cantone che cadono malati o muojono in un » altro Cantone, » senza contare che il governo zurighese riconosce del resto esso medesimo : non avere la legge federale quivi prevista e promulgata ai 22 giugno 1875 riferimento di sorta al caso concreto, nel quale non si tratta invero nè di persona malata nè di decessa.

Quest'ultimo rimarco si attaglia del resto anche al richiamo fatto all'art. 68 della costituzione federale, e rispettivamente alla legge federale sui privi di patria in esso contemplata, avvegnachè l'individuo raccolto a Pfäffikon e assistito dalle autorità zurighesi di polizia non possa venire considerato come tale che cade sotto la sanzione dei disposti di detta legge, non contestata essendo per nessun verso la sua origine e cittadinanza ticinese, ma vertendo contestazione dinanzi a quel Gran Consiglio solo in quanto risguarda la di lui comunale attinenza.

Rimarrebbe quindi solo ad esaminare se l'obbligo in quistione dell'assistenza dei proprî attinenti, non imposto al Cantone d'origine nè dalla costituzione nè dalla legislazione federale, scaturisca per avventura, — nel caso particolare, — da un Concordato intercantonale. La qual cosa parimenti non è guari ammissibile, conciossiachè, — com' è noto, — il Concordato 16 novembre 1865 « per la reciproca bonificazione delle spese di assistenza e d'inumazione per attinenti poveri, » il solo che sia riferibile alla specie di cui si tratta, sia stato tolto di vigore per effetto appunto della già ripetuta legge federale 22 giugno 1875.

È chiaro infine, ned ha bisogno di ulteriore dimostrazione, che « il *principio dell'ajuto confederato*, » — al quale del resto, malgrado i considerevoli ritardi che subisce tuttora la definizione del litigio relativo all'attinenza comunale del Brioschi, non si può dire che il governo convenuto abbia rifiutato di ottemperare, — non vale da solo a giustificare

in diritto delle pretese come quella accampata in petitorio, e che l'argomento derivato dall'asserta « confessione stragiudiziale, » non può, — per la sua natura civile, — applicarsi a causa che riveste invece, come fu detto innanzi, i caratteri di una questione di diritto pubblico.

3° Conviene quindi inferirne, non incombere al cantone Ticino nessun obbligo diretto al reclamato rimborso delle spese in litigio. Quanto poi al sapere se spetti al cantone di Zurigo un diritto di muovere azione al Comune di attinenza del Brioschi ed anche allo stesso cantone del Ticino, per il caso in cui questo avesse a rifiutare o a ritardare oltre misura la incorporazione comunale di detto Brioschi, — non è quistione codesta da doversi risolvere nella presente sede di giudizio.

Conseguentemente,

Il Tribunale federale

pronuncia :

La domanda proposta dal Governo del cantone di Zurigo è respinta nel senso dei suesposti considerandi.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Fabrik- und Handelsmarken.
Marques de fabrique.

69. Urtheil vom 21. Oktober 1887 in Sachen Burgoyne, Burbidges und Cie.

A. Die Firma Burgoyne, Burbidges und Cie. in London produzirt chemische und pharmazeutische Produkte und speziell Toilettenartikel. Dieselbe ließ, gestützt auf die schweizerisch-großbritannische Konvention vom 6. November 1880 in das eidgenössische Markenregister in Bern eine (im Bundesblatte vom 5. März 1881 sub Nr. 107 veröffentlichte) Marke eintragen, welche aus einem in einem Kreise stehenden Dreieck mit dem verschlungenen, den untern Theil des Dreiecks nahezu ausfüllenden, Monogramm H. R. besteht; längs der Seitenlinien des Dreiecks finden sich die Worte Trade-Mark. Dieser Marke bedient sich die Firma Burgoyne, Burbidges und Cie. unter Anderem zum Vertriebe eines, unter dem Namen Rosetters Hair-regenerator bekannten, Haarfärbemittels. Auf Antrag der Firma Burgoyne, Burbidges und Cie. als Damnifikatin wurde vom Statthalteramte Zürich gegen Jakob Süßtrunk, Coiffeur in Zürich wegen Uebertretung des Art. 18 litt. b und gegen Leo Fleischmann und Sebastian Margraf, ebenfalls Coiffeurs in Zürich, wegen Uebertretung des Art. 18 litt. d des eidgenössischen Markenschutzgesetzes das Strafverfahren eingeleitet; gegen J. Süßtrunk deßhalb, weil derselbe für ein von ihm fabrizirtes Haarfärbemittel sich einer der hinterlegten Marke der Firma Burgoyne, Burbidges und Cie. täuschend nachge-

ahmten Marke vorsätzlich bedient und ebenso die von fraglicher Firma für ihr Fabrikat verwendete Etiquette, Verpackung ꝛc. bis ins kleinste Detail nachgeahmt habe, gegen L. Fleischmann und S. Margraf deßhalb, weil dieselben wissentlich in dieser Weise widerrechtlich bezeichnete Waare von Süßtrunk bezogen und im Kleinverkaufe weiterveräußert haben. Durch Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. März 1887 wurden sämmtliche Angeklagten freigesprochen und die Kosten auf die Gerichtskasse übernommen, im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Gegen Süßtrunk sei auf Nachahmung der eingetragenen Marke der Firma Burgoyne, Burbidges und Cie. geklagt. Maßgebend für die Beurtheilung der Frage der Nachahmung sei lediglich das Verhältniß des Falsifikates zu dem im Bundesblatte vom 5. März 1881 veröffentlichten Abdruck des Cliché's der Originalmarke. Danach liege eine Nachahmung der Marke der Damnifikatin nicht vor. Allerdings bestehe die von Süßtrunk gebrauchte Marke auch aus einem Dreieck, das in eine Kreisfläche hineingesetzt werde. Allein während das Dreieck der Originalmarke ein wesentlich gleichseitiges sei, sei bei dem Dreieck der Süßtrunk'schen Marke die Basis kürzer als die beiden gleichlangen Seiten über ihr. Das Wesentliche an der Marke der Damnifikatin bilde das in das Dreieck eingestellte Monogramm durch die Art und Weise, wie es in das Dreieck hineingestellt sei. In der Süßtrunk'schen Marke aber sei in das Dreieck ein anderes Monogramm hineingesetzt, nämlich ein J, um welches sich ein S schlinge; während das Monogramm der Damnifikatin das Dreieck in der untern Hälfte fast ganz ausfülle, sei das beim Monogramm des Süßtrunk nicht der Fall und fülle letzteres das Dreieck mehr der Höhe nach aus. Zudem sei das Monogramm des Süßtrunk in viel schärfer abgedruckten und mehr verschnörkelten Initialen gehalten. Angesichts dieser bedeutenden Differenzen habe Niemand, der auf eine Marke nur halbwegs Gewicht lege, die Marke des Süßtrunk für diejenige der Damnifikatin halten können. Die auch in der Marke des Süßtrunk sich befindenden Worte Trade-Mark seien bedeutungslos, weil nicht geschützt. Da eine Nachahmung der Marke nicht vorliege, könne auf die Beschaffenheit der Etiquette, Verpackung

u. s. w. nichts mehr ankommen. Sei demnach Süßtrunk freizusprechen, so müsse dies auch die Freisprechung der beiden andern Angeklagten nach sich ziehen. Gesetzt aber auch, es müßte angenommen werden, die Marke der Damnifikatin sei durch die Marke des Süßtrunk nachgeahmt worden, so könnte diese Nachahmung, da sie nur bei einem sogenannten Heilmittel Verwendung gefunden habe, nicht bestraft werden. Es sei die Marke einzig und allein für Rosetters Hair-restorer nachgeahmt worden. Nun werde auf der Etiquette der Damnifikatin selbst dieser Hair-restorer als Arzneimittel, das sich zugleich als ein Haarfärbemittel erzeige, deklarirt. Nach § 9 des Medizinalgesetzes sei aber die Auskündigung von angeblichen Arzneimitteln zum Gebrauche ohne spezielle Verordnung eines Arztes, ohne besondere Bewilligung von Seiten der Medizinaldirektion, sowohl den Medizinalpersonen als auch sonst jedermann untersagt und es dürfe nach § 1 des Medizinalgesetzes Niemand sich mit dem Verkaufe von Arzneien befassen, ohne dazu die gesetzliche Berechtigung erlangt zu haben. Nach einer von der Sanitätsdirektion veröffentlichten Liste über die geradezu verbotenen Geheimmittel gehören zu denselben (Nr. 70 der fraglichen Liste) auch „alle Haarfärbemittel; sofern nicht die Unschädlichkeit derselben dargethan ist." Sub Nr. 94 dieser Liste sei auch ausgeführt Rosetters Hair-restorer (G. L. Daube). Möge nun das Produkt der Damnifikatin mit dem letztgenannten Hair-restorer identisch sein oder nicht, so dürfe dasselbe doch jedenfalls nicht ohne Erlaubniß der Sanitätsdirektion verkauft werden. Eine solche Erlaubniß für die Damnifikatin oder ihre zürcherischen Vertreter habe aber, nach den Akten, bis zur Klageerhebung nicht vorgelegen. Der Verkauf des Fabrikates der Damnifikatin sei daher bis zu diesem Zeitpunkte ein verbotener gewesen und es habe demnach die Damnifikatin selbstverständlich keinen Anspruch auf Rechtsschutz für die Marke, soweit sie für eine Sache, die für den Verkauf verboten war, benutzt worden sei, gehabt. Daß die Marke auch für andere Waaren verwendet werde, sei nicht behauptet. Dieses Urtheil wurde, über Appellation der Staatsanwaltschaft und der Damnifikatin, von der Appellationskammer des Obergerichtes des

Kantons Zürich vom 27. April 1887, im Wesentlichen aus den von der ersten Instanz angeführten Gründen, bestätigt.

B. Nunmehr ergriff die Firma Burgoyne, Burbidges und Cie. den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In ihrer Rekursschrift macht sie geltend: Ein staatsrechtlicher Rekurs sei nach den vom Bundesgerichte in seiner Entscheidung in Sachen Schärrer vom 26. Oktober 1883 aufgestellten Grundsätzen statthaft. Die Rekurrentin sei auf Grund der zwischen der Schweiz und Großbritannien ausgetauschten Erklärungen vom 6. November 1880 berechtigt, den gleichen Rechtsschutz zu beanspruchen wie schweizerische Angehörige. Der von der ersten Instanz zunächst eingenommene Standpunkt, daß die Süßtrunk'sche Marke keine Nachahmung der Marke der Rekurrentin sei, erscheine als völlig unhaltbar. Die im erstinstanzlichen Urtheile hervorgehobenen Unterschiede zwischen den beiden Marken seien ganz unerheblich und genügen durchaus nicht, um eine wesentliche Verschiedenheit des Gesammtbildes der beiden Marken zu begründen. Darauf aber komme es nach dem Gesetze und den von der bundesrechtlichen Praxis aufgestellten Grundsätzen an. Auf die täuschende Aehnlichkeit von Etiquette und Verpackung dürfe insofern Rücksicht genommen werden, als dieselbe geeignet sei, eine Verwechslung der beiden Waarenzeichen selbst zu befördern. Dazu komme, daß Süßtrunk im Verhöre selbst zugebe, seine Marke sei derjenigen der Rekurrentin täuschend ähnlich und keine Erklärung dafür zu geben wisse, wie er auf andere Weise als durch Nachahmung des klägerischen Zeichens zu seinem Waarenzeichen gekommen wäre. Fleischmann und Margraf haben, wie es aus ihren Verhören sich ergebe, die Marke der Rekurrentin sehr wohl gekannt und geben auch beide zu, daß die nachgeahmte Marke der ächten ähnlich sei. Diese beiden Angeschuldigten seien es denn auch wohl gewesen, welche den Süßtrunk im Interesse eines leichtern Absatzes des Produktes veranlaßt haben, die Marke der Rekurrentin nachzuahmen. Auch daraus, daß Süßtrunk seine Marke gar nicht deponirt habe, gehe klar hervor, daß er es auf eine Nachahmung des klägerischen Zeichens abgesehen gehabt habe. In zweiter Linie stellen die kantonalen Gerichte darauf ab, die Marke der

Rekurrentin könne nicht geschützt werden, weil die Waare für welche sie benützt wurde, verboten sei. Auch dieser Standpunkt sei in doppelter Beziehung unhaltbar. Erstens sei die Annahme, das Fabrikat der Rekurrentin, Rosetters Hair-restorer, sei verboten, durchaus unrichtig. Dasselbe sei kein Arzneimittel sondern ein überall als zuläßig anerkannter Toilettenartikel. Aber auch wenn dasselbe ein Arzneimittel im Sinne des kantonalen Medizinalgesetzes wäre, so sei wohl zu beachten, daß nicht der Verkauf sondern blos die öffentliche Ausfündung von solchen verboten sei; jedenfalls hätte das Produkt auf ärztliche Verordnung hin verkauft werden können. Es würde sich also nicht um eine absolut, sondern um eine nur bedingt verbotene Waare handeln. Das Produkt der Rekurrentin sei nicht identisch mit den in der Liste der Sanitätsdirektion sub Nr. 70 und 94 verbotenen Geheimmitteln. Es habe denn auch die Sanitätsdirektion selbst (in den bei den Akten sub Akt. 56, 57 und 61 liegenden Erlassen derselben, deren erster vom 1. Dezember 1886 datirt) ausgesprochen, daß ihrerseits gegen die Insertion und den Verkauf des fraglichen Haarfärbemittels der Rekurrentin nichts eingewendet werde. In zweiter Linie aber sei festzuhalten: Das Markenschutzgesetz enthalte nirgends eine Bestimmung, wonach eine Marke deßhalb keinen Anspruch auf Schutz hätte, weil die Waare, für welche das Zeichen gebraucht werde, nach kantonalen Polizeivorschriften nur unter gewissen Einschränkungen in den Handel gebracht werden dürfe, was ja dazu führen würde, daß der bundesgesetzlich zugesicherte Markenschutz in einem Kanton gewährt, im andern verweigert werden könnte. Das Vergehen der Uebertretung des eidgenössischen Markenschutzgesetzes sei ein selbständiges; es müße jede Uebertretung des Markenrechtes geahndet werden, auch wenn die Waare selbst, für welche die Marke gebraucht werde, nicht in den Handel gebracht werden dürfe, vorausgesetzt nur, daß die Marke gehörig eingetragen und publizirt sei. Dadurch werde nicht die Waare sondern nur die Marke geschützt. Trotz der Ahndung der Verletzung des Markenrechtes könne das Verbot des Verkaufes der Waare beziehungsweise die Einschränkung desselben aufrechterhalten werden. Demnach werde beantragt: Das angefochtene

Urtheil sei aufzuheben und die Sache zu neuer Beurtheilung an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge für Süßtrunk und Konsorten.

C. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde, beantragt der Rekursbeklagte Süßtrunk Abweisung derselben unter Kosten- und Entschädigungsfolge, indem er, unter Verweisung auf die Gründe der ersten Instanz, folgende Momente hervorhebt:

1. Geschützt sei die Marke der Rekurrentin nur in derjenigen Gestalt, wie sie hinterlegt und veröffentlicht worden sei, nicht in derjenigen Gestalt, wie die Rekurrentin sie im Verkehr verwende. Die eingetragene Marke der Rekurrentin aber, auf welche es also einzig ankomme, sei gar nicht nachgeahmt. Die Marke des Süßtrunk unterscheide sich von derselben durch Form, Größe und Farbe ganz wesentlich. Der Untergrund der offiziellen Eintragung sei ganz schwarz, während der Untergrund der Süßtrunk'schen Marke (wie auch des von der Rekurrentin auf ihren Flaschen thatsächlich angebrachten Zeichens) weiß sei; insbesondere dieser Unterschied der Farbe differenzire die Marken wesentlich.

2. Diejenige Waare, welche in Frage liege, sei zur Zeit der behaupteten Nachahmung der Marke im Kanton Zürich verboten gewesen; dies sei von den kantonalen Instanzen richtig festgestellt worden und es könne übrigens in dieser Beziehung die kantonale Entscheidung vom Bundesgerichte nicht nachgeprüft werden, da es sich hier um Auslegung kantonaler Gesetze handle. Sei aber die Waare verboten, so habe auch ihr Schild (die Marke) auf rechtlichen Schutz keinen Anspruch. Dies sei, wie sich aus Bundesblatt 1887 I, 388 ergebe, auch die Ansicht der eidgenössischen Instanz. Die spätere Aufhebung des Verbotes der Waare wirke nicht zurück. Die klägerische Waare enthalte einen Humbug und der Schutz der Marke wäre deswegen ein Verstoß gegen die guten Sitten (Art. 4 des Markenschutzgesetzes).

3. Es liege ein Freizeichen vor.

4. In That und Wahrheit handle es sich hier um die Etiquette, die nach schweizerischem Rechte nicht geschützt sei.

5. Es sei nicht bewiesen, daß die Rekurrentin die legitime Inhaberin der Marke sei.

D. Der Rekursbeklagte Margraf bemerkt lediglich, daß er gegen die ganz unrichtige Unterstellung der Rekursschrift, er habe den Süßtrunk zur Nachahmung der Marke der Rekurrentin veranlaßt, protestire.

Dem Rekursbeklagten Fleischmann konnte die Rekursschrift zur Beantwortung nicht mitgetheilt werden, da derselbe mittlerweilen verstorben ist.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat (Entscheidung in Sachen Schärer vom 26. Oktober 1883 Erw. 2 ff. Amtliche Sammlung IX, S. 474 ff.; in Sachen Oppliger-Geiser vom 2. November 1883, Erw. 6, ibidem S. 561; in Sachen Menier vom 23. Mai 1884, Erw. 1, Amtliche Sammlung X, S. 223 f.; in Sachen Menier vom 20. Dezember 1884 Erw. 1, ibidem S. 491; in Sachen Kaufmann vom 26. Juni 1885 Erw. 1, Amtliche Sammlung XI, S. 136), können kantonale Strafurtheile von den durch dieselben Beschwerden wegen Verletzung des Bundesgesetzes über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte angefochten werden; es ist im Fernern nicht zweifelhaft, daß großbritannische Angehörige für ihre (gehörig hinterlegten) Fabrik- und Handelsmarken in der Schweiz gleich wie die eigenen Angehörigen der letztern zu schützen sind (vergleiche Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen VII, S. 402 ff.). Der Rekurs ist daher zuläßig.

2. Festzuhalten ist dabei natürlich, daß das Bundesgericht als Staatsgerichtshof nicht in der Sache selbst ein neues Urtheil zu fällen, sondern nur zu untersuchen hat, ob die angefochtene Entscheidung das eidgenössische Markenschutzgesetz zum Nachtheile der Rekurrentin verletze; ist letzteres zu bejahen, so muß die Sache zu neuer Beurtheilung an die kantonalen Instanzen zurückgewiesen werden. Demgemäß kann denn jedenfalls gegenwärtig auf die vom Rekursbeklagten Süßtrunk erhobenen Einwendungen, das streitige Zeichen sei ein Freizeichen und es

sei nicht dargethan, daß die Rekurrentin legitimirte Inhaberin der streitigen Marke sei, nicht eingetreten werden, da hierüber von den kantonalen Gerichten noch gar nicht entschieden worden ist. Die Kognition des Bundesgerichtes beschränkt sich auf die Prüfung der Frage, ob die dem Urtheile der kantonalen Instanzen zu Grunde gelegten Rechtsanschauungen auf einer Verletzung des eidgenössischen Markenschutzgesetzes beruhen.

3. In erster Linie stützt sich nun das Urtheil der Vorinstanzen darauf, es liege eine täuschende Nachahmung der klägerischen Marke überhaupt nicht vor, weil die beiden in Frage liegenden Waarenzeichen nicht leicht mit einander verwechselt werden können. Diese Annahme beruht auf einer Verletzung des Gesetzes. Die angefochtene Entscheidung vergleicht die Details der beiden Waarenzeichen mit einander und gelangt, da dabei einige Verschiedenheiten ohne Mühe festgestellt werden können, zu dem Schlusse, es liege eine täuschende Aehnlichkeit nicht vor. Dieses Verfahren kann aber als ein richtiges, dem Willen des Gesetzes entsprechendes, nicht erachtet werden. Wie das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist bei Prüfung der Frage, ob eine Marke als unberechtigte Nachahmung eines älterberechtigten Zeichens erscheine, nicht darauf zu sehen, ob beim Nebeneinanderhalten und Vergleichen der beiden Marken einzelne Verschiedenheiten leicht entdeckt werden können; entscheidend ist vielmehr: ob das Gesammtbild ein wesentlich anderes ist, derart daß die beiden Marken geeignet sind, auch im Gedächtnisse der Abnehmer des Produktes ein wesentlich verschiedenes Bild zurückzulassen. Hievon kann aber hier gewiß keine Rede sein. Charakteristisch für das Zeichen der Rekurrentin ist die Kombination der Kreisfläche mit dem darin stehenden, ein verschlungenes Monogramm enthaltenden, Dreieck. Diese Kombination in in ihren wesentlichen, für das Gesammtbild bestimmenden, Zügen findet sich in der von dem Rekursbeklagten Süßtrunk verwendeten Marke unverändert wieder; die Abweichungen in Bezug auf die Ausgestaltung des Monogramms und die Länge der Seiten des Dreiecks sind völlig untergeordneter Natur und in keiner Weise geeignet, die täuschende Aehnlichkeit des Gesammtbildes aufzuheben. Wenn der Rekursbeklagte Süßtrunk

speziell darauf hingewiesen hat, es sei nur dasjenige Zeichen der Rekurrentin geschützt, welches eingetragen und im Bundesblatte veröffentlicht worden sei, so ist das grundsätzlich ganz richtig. Allein nicht richtig ist, wenn daraus gefolgert werden will, daß das Zeichen nur insoweit geschützt werde, als es in derjenigen Größe und in denjenigen Farben verwendet werde, welche der Abdruck im Bundesblatt zeige; ein geschütztes Waarenzeichen kann vielmehr vom Berechtigten gewiß in beliebigen, den Waarengattungen und der Verpackung u. s. w. angepaßten Größen verwendet werden, und ebenso kann der Berechtigte, regelmäßig wenigstens, die Zeichnung in andern Farben als denjenigen des amtlich veröffentlichten Abdruckes des Markencliché's wiedergeben. Größenverhältnisse und Farbe bestimmen ja in der Regel den wesentlichen Charakter einer Zeichnung nicht. Ebenso ist es unbegründet, wenn der Rekursbeklagte Süßtrunk einwendet, es handle sich hier nicht um Schutz einer Marke sondern um Etiquette und Verpackung; das eingetragene Waarenzeichen der Rekurrentin ist ja gewiß ein den gesetzlichen Anforderungen völlig entsprechendes figürliches Waarenzeichen.

4. In zweiter Linie wird die vorinstanzliche Entscheidung darauf begründet, es sei der Handel mit der Waare, für welche das Zeichen der Rekurrentin verwendet wurde, zur Zeit der eingeklagten Markenrechtsverletzungen im Kanton Zürich verboten gewesen und es habe daher das Zeichen keinen Anspruch auf Schutz. In dieser Richtung hat das Bundesgericht nicht nachzuprüfen, ob die Annahme der Vorinstanzen, das fragliche Haarfärbemittel habe ohne besondere Bewilligung der Sanitätsbehörde im Kanton Zürich nicht in den Handel gebracht werden dürfen, richtig ist oder nicht; denn hiebei handelt es sich einzig um Auslegung kantonaler Gesetzesbestimmungen. Zu prüfen ist einzig, ob, wenn die gedachte Annahme richtig ist, dem klägerischen Zeichen aus diesem Grunde der rechtliche Schutz gemäß den Bestimmungen des eidgenössischen Markenschutzgesetzes versagt werden konnte. Das eidgenössische Markenschutzgesetz enthält nun keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob für verbotene Waaren ein Zeichenrecht gültig erworben werden

könne. Der vom Rekursbeklagten Süßtrunk angeführte Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes, welcher Waarenzeichen ausschließt, die gegen die guten Sitten verstoßen, bestimmt hierüber nichts; derselbe bezieht sich auf die Beschaffenheit des Zeichens, nicht der Waare. Die Frage ist daher nach Sinn und Geist des Gesetzes zu lösen. Zunächst könnte aus dem Stillschweigen des Gesetzes, daraus, daß dasselbe nicht vorschreibt, es sei für verbotene Waaren bestimmten Zeichen der Eintrag und Schutz zu versagen, gefolgert werden, daß auch solche Zeichen allgemein und ohne Unterschied geschützt werden müßen. Allein dies ginge wohl zu weit. Es wird vielmehr festzuhalten sein, daß für Waaren, deren Vertrieb absolut und im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft, speziell durch Bundesgesetz, verboten ist, ein Markenrecht nicht erworben werden kann; denn wenn die Rechtsordnung ein Markenrecht für derartige, z. B. lediglich unsittlichen Zwecken dienende, Waaren anerkennen würde, so träte sie, wie mit Grund geltend gemacht worden ist (Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 214) mit sich selbst in Widerspruch. Anders verhält es sich aber in Betreff von Waaren, die nicht absolut und nicht im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft verboten sind, sondern deren Vertrieb nur in einzelnen Kantonen untersagt oder nur mit besonderer staatlicher Bewilligung und dergleichen erlaubt ist. Zeichen für derartige Waaren kann der Schutz des Bundesgesetzes mit Grund nicht versagt werden. Das Gesetz schließt sie nirgends aus und ein innerer Widerspruch liegt in deren Anerkennung durchaus nicht. Der Markenberechtigte kann ja die etwa nöthige staatliche Bewilligung später erwerben; er (und ebenso der Nachahmer seiner Marke) kann seine Waare in andern Kantonen oder im Auslande absetzen, wo der Verkehr damit ohne Weiteres erlaubt ist u. s. w. (über die ganze Frage vergleiche Kohler, am angeführten Orte). Es geht daher nicht an, einer Marke den bundesgesetzlichen Schutz in einem Kanton deßhalb zu versagen, weil nach kantonalen Polizeigesetzen der Verkehr mit der betreffenden Waare untersagt beziehungsweise nur bedingt erlaubt ist. Ein Eingriff in die Polizeigesetzgebung der Kantone wird durch den Schutz solcher Marken durchaus nicht bedingt. Das Verbot des Handels mit

der Waare bleibt völlig intakt; es muß nur der Markenberechtigte gegen Nachahmungen seiner Marke im betreffenden Kanton, dessen Gesetzgebung ein solches Verbot enthält, wie in der ganzen übrigen Schweiz nach Maßgabe des Bundesgesetzes geschützt werden. Nicht für die grundsätzliche Frage des Schutzes der Marke sondern nur für den Schadenersatz ist der Umstand, daß die Waare im Kantonsgebiete vom Markenberechtigten nicht vertrieben werden durfte, insofern von Bedeutung, als es sich um Waaren handelt, die der Nachahmer in diesem Kanton abgesetzt hat. Hiernach erscheint denn als festgestellt, daß die vorinstanzliche Entscheidung das eidgenössische Markenschutzgesetz zum Nachtheile der Rekurrentin verletzt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird demnach die angefochtene Entscheidung der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 27. April 1887 aufgehoben.

II. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

70. *Arrêt du 11 Novembre 1887 dans la cause Rosset.*

Le sieur L. Maline, ci-devant domicilié à Neuchâtel, actuellement à Bâle, a conclu le 31 Mars 1884 un contrat de bail avec Auguste Meuron, propriétaire, pour un logement dans la maison que celui-ci possède à Neuchâtel.

Ce bail, stipulé pour le prix de 650 francs par an, soit jusqu'au 24 Juin 1887, a pris cours le 21 Juin 1884 pour une durée de trois ans. A teneur de l'art. 5 de ce contrat, la sous-location était interdite sans le consentement du propriétaire.

Malgré cette disposition, le sieur Maline, s'étant décidé à quitter Neuchâtel, céda au recourant Henri Rosset, par acte du 27 Octobre 1886, dont les effets remontent au 24 Juin

précédent, son droit au bail ci-dessus, aux mêmes conditions.

Rosset entra dans le logement le 1er Décembre 1884 et paya le premier terme, soit semestre de son loyer, à Noël 1886, sans avis de résiliation du bail, qui, aux termes du contrat, se trouvait renouvelé pour une année par tacite reconduction.

Au mois de Mai 1887, Rosset écrivit au représentant de Meuron qu'il voulait quitter son logement. Le propriétaire refusa son consentement, attendu que le bail se trouvait prolongé jusqu'au 24 Juin 1888.

Malgré ce refus, Rosset déménagea le 19 Juin 1887 et alla s'installer dans un autre appartement dans la maison Lambelet, à Neuchâtel.

A. Meuron ayant appris ce déménagement le lendemain, 20 Juin, s'adressa au président du Tribunal de Neuchâtel aux fins d'ordonner, à titre de mesures provisionnelles, conformément aux art. 110, lettre *g*, C. P. C. et 1707 C. C., la saisie en main du débiteur, de ses effets mobiliers et leur remise à la surveillance d'un gardien judiciaire.

Donnant suite à cette requête, le suppléant du président, par ordonnance du 21 dit, prononça la saisie à titre de mesures provisionnelles ou conservatoires, en application des art. 1707 C. C., 110 et suivants C. P. C., des meubles et effets mobiliers qui garnissaient l'appartement du sieur Rosset dans la maison Meuron, et qui ont été transportés dans la maison Lambelet.

Par recours du 27 Juin 1887, le sieur Rosset a conclu à l'annulation de cette ordonnance par la Cour de Cassation civile.

Par arrêt du 25 Juillet suivant, cette Cour écarta le recours par les motifs ci-après :

En ordonnant la saisie attaquée, le président du Tribunal a agi dans les limites de sa compétence, et rien ne lui interdisait de viser les dispositions de l'article 1707 C. O., qui n'est point abrogé. Rosset s'est subrogé aux engagements de Maline, et l'acte de bail est devenu titre exécutoire contre lui, comme il l'était contre le cédant, avant sa cession.

Le 30 Juin 1887, Meuron introduisit, conformément à l'art. 115 C. P. C., soit dans les sept jours dès l'ordonnance de saisie, une action contre Rosset, pour le contraindre à se reconnaître son débiteur des termes du bail échu et à échoir.

Il n'a toutefois point été statué jusqu'ici sur cette action, Rosset ayant, sous date du 7 Septembre écoulé, déposé au Tribunal fédéral un recours de droit public contre l'arrêt de la Cour de cassation du 25 Juillet précédent, et obtenu, par ordonnance du président du Tribunal de céans du 21 Septembre, la suspension de la prédite action civile jusqu'au jugement sur son recours.

Dans ce recours, le sieur Rosset conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

a) Dire que les dispositions de l'art. 1707 C. C. sont contraires à celles proclamées par les art. 294 et suivants C. O.; qu'elles sont abrogées ainsi de fait par la promulgation de ce dernier code ;

b) Annuler dès lors l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 Juillet 1887, ainsi que l'ordonnance du président du 21 Juin précédent, autorisant la saisie provisionnelle basée sur le droit de suite.

Le recourant se fonde en substance sur les motifs ci-après:

La saisie provisionnelle se base uniquement sur l'art. 1707 C. C.; or cet article est abrogé par le code fédéral des obligations, lequel doit être appliqué en la cause. Le jugement neuchâtelois, ayant fait application du droit cantonal à une matière exclusivement régie par le droit fédéral, a violé l'article 64 de la constitution fédérale.

Dans sa réponse, A. Meuron conteste que la saisie provisionnelle repose sur l'art. 1707 C. C. ; elle a été prononcée aux termes des art. 108, 109 et 110 C. P. C. Il en résulte que le Tribunal fédéral est incompétent, attendu qu'il s'agit d'une question de procédure qui est du domaine cantonal. Rosset n'a, en outre, point qualité pour soulever la question du droit de suite et de l'abrogation de l'art. 1707 C. C, c'est au nouveau propriétaire Lambelet, détenteur des meubles saisis, auquel la saisie a été notifiée le 22 Juin. Enfin l'ar-

ticle 1707 n'est pas abrogé par la législation fédérale, ainsi que le prétend le recourant.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° C'est tout d'abord à tort que la partie opposante au recours conteste au sieur Rosset qualité pour soulever la question d'applicabilité de l'art. 1707 C. C. en la cause : en effet la défense de déplacer les meubles saisis est dirigée contre le propriétaire des dits meubles, soit contre H. Rosset, lequel a dès lors vocation pour contester la validité de la saisie provisionnelle dont il s'agit.

2° Cette saisie ne peut impliquer, ainsi que le prétend le recourant, une violation de l'art. 64 de la Constitution fédérale. Cet article, en effet, qui se borne à consacrer le droit de législation de la Confédération en diverses matières, est évidemment sans aucune application à l'espèce ; il ne contient d'ailleurs nullement la garantie d'un droit constitutionnel des citoyens, et le recours est, de ce chef, dénué de fondement.

3° En revanche, il y a lieu d'examiner si la prédite saisie, en tant que fondée sur une disposition de droit cantonal abrogée par le code fédéral des obligations, n'a pas été permise en violation de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, édictant que « les dispositions des » lois cantonales contraires à la dite constitution cessent » d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci, ou » de la promulgation des lois qu'elle prévoit. »

Le Tribunal fédéral a admis qu'il y avait violation d'un principe de droit public, lorsque des décisions cantonales, en n'appliquant pas le droit fédéral à des matières qu'il régit incontestablement, méconnaissaient la force dérogatoire du droit fédéral et le principe contenu à l'art. 2 précité des dispositions transitoires de la Constitution fédérale. (Voir arrêts du Tribunal fédéral en les causes Gehrig contre Bruhin, *Recueil* XII, 547 s. s. ; Fluri contre Christen du 21 Octobre 1887.)

4° Or il est certain que les deux instances cantonales, qui ont statué sur la saisie provisionnelle, l'ont autorisée en première ligne en se fondant sur l'art. 1707 C. C. neuchâtelois,

lequel dispose que le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et qu'il conserve sur eux son privilège, pourvu qu'il ait fait leur revendication dans un délai de quinzaine.

Ce n'est que secondairement et pour assurer l'exécution du droit de suite prévu à l'art. 1707 précité, que les décisions cantonales visent les art. 108 à 110 C. P. C, réglant la compétence du juge en matière de mesures provisionnelles. Ces dispositions de procédure ne dominent point le litige, et c'est à tort que l'opposant au recours prétend contester la compétence du Tribunal de céans, par le motif que la mesure provisionnelle en question reposerait uniquement sur les articles susvisés.

5° Tout ce qui a trait au louage des choses se trouvant réglé par le Titre VIII du code fédéral des obligations, il résulte de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, comme de l'art. 881 C. O., que l'art. 1707 du C. C. neuchâtelois a été abrogé dès la mise en vigueur du code fédéral. En effet, en application des prescriptions qui précèdent, il y a lieu de considérer comme incompatibles avec le droit fédéral toutes les dispositions de droit cantonal appartenant au domaine juridique réglé par le code fédéral, sauf les réserves expresses formulées par ce code en faveur de certaines matières cantonales. Les seules réserves faites, touchant le droit cantonal, dans le Titre de louage des choses sont contenues aux articles 281 et 294 C. O., et n'ont nullement trait à l'espèce.

Il suit de tout ce qui précède qu'en ordonnant, soit en maintenant la saisie provisionnelle du 21 Juin 1887, les autorités judiciaires neuchâteloises ont fait application de dispositions du droit cantonal, alors que le code fédéral des obligations régissait seul la matière ; cette décision est dès lors en opposition flagrante avec le principe de droit public rappelé au considérant 3 ci-dessus, et elle ne saurait subsister.

Le recours devant être accueilli à ce point de vue, il n'y a pas lieu, pour le Tribunal de céans, comme Cour de droit

public, de rechercher si le droit de suite de l'art. 1707 C. C. ne devrait pas être aussi considéré comme incompatible avec les dispositions de l'art. 294 susvisé C. O.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et l'arrêt de la Cour de Cassation civile de Neuchâtel du 25 Juillet 1887 maintenant l'ordonnance du président du Tribunal civil du 21 Juin précédent, est déclaré nul et de nul effet.

---

71. Urtheil vom 21. Oktober 1887 in Sachen Flury.

A. Kaspar Flury in Oberdorf hat im Jahre 1885 (wie er behauptet in Gemeinschaft mit mehreren andern Personen) von dem damaligen Eigenthümer der Liegenschaft Unterhofstatt in Oberrickenbach (Nidwalden) Maria Waser, einen Theil des 1885ger Heuertrages dieser Liegenschaft um den Preis von 515 Fr. 35 Cts. gekauft und den Kaufpreis bezahlt. Das gekaufte Heu hat er, soweit er es für sich selbst bezog, einer Kuh verfüttert, die sich seit Dezember 1886 nicht mehr in seinem Besitze befindet. Zu Martini 1886 gerieth Maria Waser in Konkurs; da das Gut Unterhofstatt an öffentlicher Steigerung keinen Käufer fand, so wurde das sogenannte Wurfverfahren eingeleitet und in diesem gelangte das Gut an Johann Christen, Genossenvogt in Wolfenschießen, als Inhaber einer auf demselben haftenden Gült. Da für die auf der Liegenschaft haftenden 1885ger Gültzinse auf die „letzte Gült" geschätzt worden war, so hatte der neue Erwerber des Guts diese Zinsen zu bezahlen, erlangte dadurch aber andererseits das Recht zum „Blumensuchen", d. h. das Recht, den 1885ger „Blumen" (d. h. den Gutsertrag des Jahres 1885) sowie das Vieh, das von demselben genossen, für Tilgung dieser Zinsschuld in Anspruch zu nehmen; er belangte nun den Kaspar Flury auf Bezahlung von 518 Fr., weil dieser in fraglichem

Betrage vom 1885ger „Blumen" des Gutes Unterhofstatt bezogen habe. K. Flury machte dieser Ansprache gegenüber geltend: Von einer „Blumenforderung" des J. Christen ihm gegenüber könne keine Rede mehr sein, da das „Blumensuchen" ein rein dingliches Recht sei und er nun weder den „Blumen" (das Heu) in natura noch solches Vieh mehr besitze, welches vom 1885ger „Blumen" des Gutes Unterhofstatt genossen habe. Eventuell wäre er nur in demjenigen Verhältnisse verantwortlich, in welchem der von seinem Vieh genossene „Blumen" zum gesammten 1885ger Gutsertrag und den noch von J. Christen zu bezahlenden 1885ger Gültzinsen stehe. Die erste Instanz, (das Kantonsgericht von Nidwalden) wies die Klage durch Urtheil vom 13. April 1887 ab, indem es ausführte: Nach dem „Gültenbuchstaben" könne der Gültbesitzer, resp. an seiner Stelle der Uebernehmer des Liegenschaftswurfes auf eine letzte Gült, sofern der Zins nicht rechtzeitig bezahlt werde, dafür das Unterpfand sowie den „Blumen„ und das Vieh, welches denselben äße oder geäßt hätte, in Anspruch nehme. Demnach stelle sich das Recht des „Blumensuchens" als ein rein dingliches Recht dar mit Ausschluß der persönlichen Haftbarkeit des Besitzers eines dinglich belasteten Objektes. Da nun der Beklagte zur Zeit nicht mehr im Besitze des von ihm gekauften „Unterhofstattblumens" oder des Stückes Vieh sei, das von demselben konsumirt habe, so sei derselbe nicht mehr haftbar. Auf Appellation des Klägers wurde dieses Urtheil vom Obergerichte des Kantons Nidwalden durch Entscheidung vom 12. Mai 1887 dahin abgeändert, daß der Beklagte als pflichtig erklärt wurde, „an „den Kläger das von Maria Waser gekaufte 1885ger Heu ab „dem Gute Unterhofstatt im Verhältniß der festzustellenden „Abrechnung zu begüten," wogegen „dem Beklagten der Regreß „gegen dritte Mitnutzer gewahrt werde." In Betreff der Prozeßkosten wurde verfügt: „3. Es sei ein Gerichtsgeld von „50 Fr. festgestellt, das Appellatschaft dem Appellanten, der es „vorgeschossen, zurückzubeguten hat. 4. An die Gerichtskosten „vor Kantonsgericht hat Kaspar Flury 25 Fr. und Johann „Christen 5 Fr. zu entrichten. 5. An sämmtliche außergerichtliche Kosten vor Kantons- und Obergericht (123 Fr. 70 Cts.)

„des Appellanten hat Kaspar Flury 110 Fr. zu bezahlen." Begründet wird dieses Urtheil im Wesentlichen in folgender Weise: Bereits in einem obergerichtlichen Urtheile vom 19. Juli 1879 sei ausgeführt worden, daß das „Blumensuchen" allerdings als ein „dingliches Pfandrecht" erscheine, daß aber nach der Landesübung in der Regel der unmittelbare „Blumennutzer", so lange er zahlungsfähig sei, vorerst behaftet, und nur wenn letzteres nicht der Fall sei, das Vieh aufgegriffen werde, wo es sich finden möge. An dieser Uebung, welche sich durch gewichtige praktische Gründe rechtfertige, sei festzuhalten. Beklagter hafte auch für sämmtliches von ihm gekaufte Heu und nicht nur für dasjenige, das sein Vieh genossen habe. Denn, wenn er auch allerdings den Kauf theilweise im Auftrage anderer Personen abgeschlossen haben möge, so habe doch er allein mit dem Heuverkäufer verkehrt.

B. Mit Rekursschrift vom 9. Juli 1887 ergriff K. Flury gegen diese Entscheidung den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift führt er im Wesentlichen aus: Das angefochtene Urtheil verletze den Art. 15 der nidwaldenschen Kantonsverfassung, welcher den Inhalt der gesetzlich errichteten Gülten gewährleistet. Ueber das „Blumensuchen" enthalten die Gülten folgenden Wortlaut: „Wenn Schuldner „mit jährlichem Zins Baargeld auf Martini zu erlegen säumig „wäre, so mag Rechtinhaber dieses Briefes darum angreifen „dies sein Unterpfand, den „Blumen", das Vieh, so den ißt „oder gegessen hätte, und um seinen ausstehenden verfallenen „Zins das Baargeld daraus lösen nach Landrecht." Dieser Wortlaut bezeichne das „Blumensuchen" als rein dingliches Recht, als Pfandrecht an bestimmten Gegenständen. Das angefochtene Urtheil, welches den Käufer des „Blumens" persönlich verantwortlich erkläre, gehe über diesen Wortlaut hinaus. Dasselbe verletze im Fernern das eidgenössische Obligationenrecht (Titel I). Denn es statuire eine rein persönliche, obligatorische Verpflichtung des „Blumennutzers", welche auf keinem, im Obligationenrechte anerkannten Entstehungsgrunde einer Obligation beruhe. Demnach werde beantragt: Es wolle das Bundesgericht das obergerichtliche Urtheil vom 12. Mai 1887 aufheben.

C. Der Rekursbeklagte J. Christen trägt auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an, indem er wesentlich bemerkt: Soweit sich der Rekurrent auf eine Verletzung der Kantonsverfassung berufe, sei ein staatsrechtlicher Rekurs an das Bundesgericht gemäß Art. 59 O.-G. statthaft, wobei es dem Bundesgerichte anheimgegeben werde, zu untersuchen, ob derselbe rechtzeitig eingereicht sei. Wegen Verletzung des Obligationenrechts könnte nur dann die Entscheidung des Bundesgerichtes angerufen werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 29. O.-G. vorlägen; dies sei aber offenbar nicht der Fall und es wäre die Beschwerde als civilrechtliche Beschwerde übrigens auch verspätet. Das Obligationenrecht beziehe sich auf die hier streitige Frage des kantonalen Hypothekarrechtes gar nicht; diese entscheide sich ausschließlich nach kantonalem Rechte. Art. 15 der Kantonsverfassung sei nicht verletzt. Dessen Bestimmung berührte das „Blumensuchen" in keiner Weise und es enthalte dieselbe übrigens lediglich eine Gewährleistung zu Gunsten der Gültgläubiger; es sei daher nicht einzusehen, wie das angefochtene Urtheil, welches ja die Garantie dieser Gläubiger verstärke und nicht abschwäche, den Art. 15 sollte verletzen können. Die Entscheidung des Obergerichtes entspreche uralter Landesübung und dem praktischen Bedürfnisse. Das Bundesgericht habe nicht zu untersuchen, ob dieselbe nach Maßgabe des kantonalen Hypothekarrechtes richtig sei, resp. auf richtiger Auslegung des Gültbuchstabens beruhe.

D. Das Obergericht des Kantons Nidwalden verweist einfach auf die Begründung seiner angefochtenen Entscheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerde ist nur als staatsrechtlicher Rekurs im Sinne des Art. 59 O.-G. keineswegs als civilrechtliche Weiterziehung gemäß Art. 29 ibidem zulässig. Denn die Voraussetzungen des letztern Rechtsmittels liegen offenbar nicht vor. Als staatsrechtlicher Rekurs aber ist dieselbe binnen der gesetzlichen sechzigtägigen Rekursfrist, also rechtzeitig, eingereicht worden.

2. Soweit nun der Rekurs eine Verletzung des Art. 15 der Kantonsverfassung behauptet, ist derselbe unbegründet. Art. 15 cit. bestimmt, es sei „der Inhalt der gesetzlich errichteten

Gülten (bezüglich der Verzinsung im Sinne des Gesetzes von 1751) und der kanzleischen Versicherungen mit Vorbehalt des Art. 50, Ziffer 17 gewährleistet." Diese Vorschrift enthält eine Gewährleistung der erworbenen Rechte der Gültgläubiger (gegen allfällige gesetzgeberische Eingriffe in Betreff des Zinsfußes und dergleichen) und ist somit durch die angefochtene Entscheidung keinenfalls verletzt.

3. Wenn sodann der Rekurrent sich im Weitern darauf beruft, es sei das eidgenössische Obligationenrecht verletzt, so ist rücksichtlich dieses Beschwerdegrundes zu bemerken: Wegen unrichtiger Anwendung von Bestimmungen des eidgenössischen Privatrechts, speziell des Obligationenrechts, im Civilprozeß- und Vollstreckungsverfahren ist eine staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht, wie dieses schon häufig ausgesprochen hat, nicht zuläßig, sondern findet nur die civilrechtliche Weiterziehung im Sinne des Art. 29 O.-G. unter den in letzterer Gesetzesbestimmung angegebenen Voraussetzungen statt. Dagegen ist eine staatsrechtliche Beschwerde dann statthaft, wenn, entgegen dem klaren Willen des eidgenössischen Gesetzes, eidgenössisches Recht überhaupt nicht, sondern an dessen Stelle kantonales Recht angewendet und dadurch der verfassungsmäßige Grundsatz (Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung), daß Bundesrecht dem kantonalen Recht vorgeht, faktisch negirt wird. (Vergleiche in diesem Sinne Entscheidung in Sachen Gerig vom 22. Oktober 1886, Amtliche Sammlung XII, S. 547 u. ff.) Nun mag dahin gestellt bleiben, ob das sogenannte Recht des „Blumensuchens" insoweit es als gesetzliches Pfandrecht des Gültgläubigers oder an seiner Stelle des Wurfübernehmers einer Liegenschaft an den (veräußerten) Früchten des verpfändeten Gutes oder an dem Vieh, das solche geätzt hat, sich darstellt, mit den Bestimmungen des Obligationenrechts über das Pfandrecht an beweglichen Sachen verträglich oder nicht vielmehr durch dieses Bundesgesetz beseitigt ist. Denn in derjenigen Anwendung, welche im vorliegenden Falle dem Rechte des „Blumensuchens" gegeben worden ist, kann dasselbe jedenfalls nicht mehr als Pfandrecht, als dingliches Recht an fremder Sache, bezeichnet

werden. In dieser Anwendung, wo dasselbe einfach gegen den Erwerber von Früchten einer verpfändeten Liegenschaft persönlich sich richtet und nicht auf Befriedigung aus bestimmten Sachen geht, erscheint es als persönliches, obligatorisches, und in keiner Weise als dingliches Recht. Ist dies aber richtig, so ist klar, daß alsdann die Frage, ob eine solche persönliche Haftung des Fruchterwerbers besteht, sich seit dem Inkrafttreten des eidgenössischen Obligationenrechtes nicht mehr nach kantonalem, sondern nach eidgenössischem Rechte, eben nach den Bestimmungen des Obligationenrechts, beurtheilt. Das Obligationenrecht normirt ja zweifellos die Verpflichtungen des Erwerbers, speziell des Käufers beweglicher Sachen ganz allgemein, auch für den Kauf von Liegenschaftserzeugnissen; das Obligationenrecht bestimmt die Beendigungsgründe solcher Verpflichtungen und läßt in dieser Beziehung dem kantonalen Rechte keinen Spielraum mehr. Durch die sachbezüglichen Normen des Obligationenrechtes sind kantonalgesetzliche Bestimmungen, welche die, nach Maßgabe des Obligationenrechtes getilgte, Verpflichtung des Käufers gegenüber dritten Personen (Hypothekargläubigern und dergleichen) unter gewissen Voraussetzungen fortdauern lassen, nicht mehr zuläßig; es geht nicht mehr an, daß die kantonale Gesetzgebung an den Thatbestand des Kaufes beweglicher Sachen privatrechtliche Wirkungen knüpfe, welche dem eidgenössischen Rechte fremd sind. Dies ist vom Obergerichte des Kantons Nidwalden verkannt und es ist damit die derogatorische Kraft des Bundesrechtes gegenüber dem Kantonalrechte im Widerspruche mit Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung, thatsächlich verneint worden. Der Rekurs erscheint somit als begründet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und es wird mithin das angefochtene Urtheil des Obergerichtes des Kantons Nidwalden vom 12. Mai 1887 aufgehoben.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Konkordate. — Concordats.

Konkurssachen.
Droit de concours dans les faillites.

72. Urtheil vom 5. November 1887
in Sachen Treulin.

A. Der Rekurrent siedelte, nachdem im Jahre 1878 über ihn in Basel der Konkurs verführt worden war, nach Bern über. Dort wurde gegen ihn von der Rekursbeklagten Amalia Bär geb. Treulin in Basel für, bereits im Konkurse in Basel geltend gemachte und theilweise zu Verlust gerathene, Forderungen die Betreibung angehoben und, da sich kein pfandbares Vermögen vorfand, das Geltstagsbegehren gestellt. Der Rekurrent opponirte demselben unter Anrufung des Konkordates vom 15. Juni 1804, der einschlagenden Bestimmungen der bernischen Gesetzgebung und des verfassungsmäßigen Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze, indem er thatsächlich ausführte, daß er seit seinem Konkurse in Basel kein neues Vermögen erworben habe, und daß ihm überdies in Basel vom dortigen Konkursrichter nach Durchführung seines Konkurses ausdrücklich bedeutet worden sei, daß er nunmehr keine einzelnen Gläubiger selbständig befriedigen dürfe, wogegen alles ihm zufallende Vermögen seiner dortigen Masse verfallen sei. Der Amtsgerichtspräsident von Bern erkannte indeß gegen den Rekurrenten den provisorischen Geltstag und eine hiegegen von letzterem an den Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern gerichtete Beschwerde wurde von diesem Gerichtshofe durch Entscheidung vom 30. Juli 1887 abgewiesen, im Wesentlichen mit der Begründung: Der Appellations- und Kassationshof habe schon wiederholt erkannt, daß der in einem andern Kanton vollführte Konkurs nicht die in § 598 und 599 des

bernischen Gesetzes über das Vollziehungsverfahren vorgesehenen Folgen des Geltstages im Kanton Bern nach sich ziehe, und daß der Schuldner, der in einem andern Kanton vergeltstagt sei, im Kanton Bern, da er eben hier nicht vergeltstagt sei, neuerdings betrieben werden könne und über denselben der Geltstag und nicht der Nachgeltstag zu verhängen sei.

B. Gegen diese Entscheidung beschwert sich A. Treulin im Wege des staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgerichte. Er behauptet: Die angefochtene Entscheidung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern verletze sowohl das Konkordat vom 15. Juni 1804 betreffend Konkursrecht in Fallimentsfällen als den bundesverfassungsmäßig gewährleisteten Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz. Das angerufene Konkordat schreibe vor, daß nach ausgebrochenem Fallimente kein Arrest auf bewegliches Vermögen des Falliten anders als zu Gunsten der gesammten Schuldenmasse gelegt werden dürfe; demnach dürfe, wie die Bundesbehörden bereits entschieden haben (Ullmer I, Nr. 548), so lange nicht alle Konkursgläubiger befriedigt seien, nicht der eine zum Nachtheil des andern sich durch eine eigenmächtige Handlung in ein günstigeres Verhältniß setzen. Ob die verbotene Begünstigung eines einzelnen Konkursgläubigers auf dem Wege des Arrestes im engeren Sinne oder durch ein Geltstagsbegehren erreicht werden wolle sei gleichgültig. Der Ausdruck „Arrest" bedeute jede Art von Beschlagnahme von Eigenthum und beziehe sich nicht nur auf den eigentlichen Arrest. Die Rekursbeklagte wolle ihn durch ihr Geltstagsbegehren moralisch zwingen, sie zu bezahlen und dadurch eine konkordatswidrige Separatbefriedigung erzielen. Auch die Gesetze der Kantone Basel und Bern stehen auf dem Standpunkte, daß gegen einen Konkursiten nur dann, wenn er neues Vermögen erwerbe, ein weiteres Verfahren und zwar ein Nachtragskonkurs statthaft sei. Das bernische Gesetz mache diesbezüglich absolut keinen Unterschied zwischen einem im Kanton Bern und einem in einem andern Konkordatskanton in Konkurs gefallenen. Selbst vom Standpunkte des bernischen Gesetzes aus sei somit ein Konkurs gegen den Rekurrenten unstatthaft, da er eben kein neues Vermögen erworben habe. Durch die vom Appellations- und Kassations-

hofe dem bernischen Gesetze gegebene unrichtige Interpretation werde Rekurrent als baslerischer Konkursit schlechter behandelt als ein bernischer Konkursit, der nur dann wieder belangt werden könne, wenn er neues Vermögen erwerbe. Hierin liege eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze. Demnach werde beantragt: Das Bundesgericht möchte das Beschwerdeerkenntniß des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 30. Juli und 4. August 1887 sowie das durch dasselbe geschützte Geltstagserkenntniß des Richteramtes Bern vom 10. Januar 1887 als gesetz- und verfassungswidrig aufheben.

C. Die Rekursbeklagte Amalia Bär geb. Treulin macht in ihrer Rekursbeantwortung geltend: Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze sei nicht verletzt, da ja die angefochtene Entscheidung keineswegs einen Unterschied zwischen bernischen und kantonsfremden Konkursgläubigern oder Konkursiten statuire. Nicht weil Rekurrent Kantonsfremder sei, sondern weil er nicht im Kanton Bern sondern außerhalb desselben in Konkurs gefallen sei und daher im Kanton Bern noch nicht als vergeltstagt betrachtet werden könne, werde über ihn der Geltstag und nicht der Nachgeltstag verhängt. Daß hiezu der Richter seines bernischen Wohnortes kompetent sei, werde um so weniger bestritten werden können, als die Rekursbeklagte für ihre Forderung seit der Uebersiedelung des Rekurrenten nach Bern, am 15. November 1886, ein obsiegliches Urtheil des Richteramtes Bern erstritten habe. Eine konkordatswidrige Spezialexekution liege keineswegs vor, da in dem über den Rekurrenten zu verführenden Geltstage alle Gläubiger ihre Rechte geltend machen können. Uebrigens wären in dieser Beziehung nur die verletzten Gläubiger, nicht der Gemeinschuldner, zum Rekurse legitimirt. Demnach werde auf Abweisung des Rekurses und Verurtheilung des Rekurrenten zum vollständigen Kosten- und Schadenersatz gegenüber der Frau Bär angetragen.

D. Der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern hat auf Beantwortung der Beschwerde verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurrent ist zur Beschwerde, auch insoweit sie auf das Konkordat vom 15. Juni 1804 begründet wird, legitimirt;

es ist ja klar, daß nicht nur die Gläubigerschaft sondern auch der Gemeinschuldner ein rechtliches Interesse daran besitzt, daß den Bestimmungen dieses Konkordates gemäß verfahren werde und nicht konkordatswidrige Spezialexekutionen nach ausgebrochenem Konkurs stattfinden.

2. Allein von einer solchen konkordatswidrigen Spezialexekution kann nun vorliegend gar keine Rede sein. Das Konkordat vom 15. Juni 1804 verbietet nirgends, daß gegen einen Schuldner, welcher nach durchgeführtem Konkurse seinen Wohnort ändert, später auch am neuen Wohnorte, gemäß der dort bestehenden Gesetzgebung, das Konkursverfahren eingeleitet werde. Aus welchen Motiven im vorliegenden Falle die Rekursbeklagte ihr Geltstagsbegehren gestellt hat, ist für die Rechtsfrage natürlich gleichgültig.

3. Auch der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze ist nicht verletzt. Ob der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern mit Recht angenommen hat, daß nach bernischem Gesetze auf einen früher in einem andern Kanton vergeltstagten Schuldner, welcher im Kanton Bern belangt wird, nicht die kantonalgesetzlichen Bestimmungen über den Nachgeltstag anzuwenden seien, sondern daß ihm gegenüber das gewöhnliche Betreibungs- und Geltstagsverfahren Platz greife, hat das Bundesgericht nicht zu prüfen; denn es handelt sich hiebei lediglich um eine Frage der Auslegung des kantonalen Gesetzesrechtes. Die Gleichheit vor dem Gesetze aber wird durch eine kantonalgesetzliche Vorschrift des in der angefochtenen Entscheidung angenommenen Inhalts nicht verletzt; es werden nicht etwa die Angehörigen des Kantons Bern anders behandelt als die Angehörigen anderer Kantone, sondern es wird eine rechtliche Verschiedenheit in der Behandlung des Schuldners daran geknüpft, ob gegen ihn bereits im Kanton der Geltstag durchgeführt worden ist oder nicht. Dies ist mit keinem verfassungsmäßigen Grundsatz unvereinbar.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

Eingriffe in garantirte Rechte. — Atteintes portées à des droits garantis.

73. Urtheil vom 25. November 1887 in Sachen Dürler.

A. Mit Beschwerdeschrift vom 6. Oktober 1887 bringt Johann Kaspar Dürler von St. Gallen, zur Zeit im Bürgerspitale daselbst, beim Bundesgerichte Folgendes an: Seit etwas mehr als einem Jahre habe er, sowohl aus eigenem Antriebe als auf Wunsch seiner Verwandten, Wohnung im Bürgerspitale zu St. Gallen bezogen. Die Verpflegungskosten des Spitals habe für ihn die Verwaltungskommission des Armenlegates der Steinlin'schen Familie, an welchem er antheilsberechtigt sei, bestritten. Er betreibe nun seit längerer Zeit eine künstlerische Spezialität (die Haarmalerei auf Porzellan) und habe damit in jüngster Zeit einen erheblichen Erfolg davon getragen. Um dieser seiner Kunst ganz ungehindert leben zu können, beabsichtige er das Spital zu verlassen, er habe hievon den Verwalter desselben benachrichtigt, aber darauf den Bescheid erhalten, daß der Verwaltungsrath seinen Wegzug nicht gestatte. Gegen den sachbezüglichen Beschluß des Verwaltungsrathes habe er an den Regierungsrath des Kantons St. Gallen rekurrirt, sei aber von diesem durch Entscheidung vom 24. August 1887 abgewiesen worden. Diese Entscheidung enthalte eine Verletzung der durch Art. 14 der Kantonsverfassung gewährleisteten persönlichen Freiheit. An einem gesetzlichen Grunde, aus welchem die Freiheit des Rekurrenten, das Bürgerspital nach Belieben zu verlassen, beschränkt werden

könnte, mangle es nämlich durchaus. Der Rekurrent stehe nicht unter Vormundschaft und sei auch nicht armengenössig. Armengenössig sei nur Derjenige, welcher auf Kosten der Gemeinde in einem Armenhause oder in einer Armenabtheilung eines Spitals untergebracht sei. Der Rekurrent aber werde nicht auf Kosten der Gemeinde St. Gallen, sondern auf eigene Kosten resp. auf Kosten der Steinlin'schen Familienstiftung im Spitale verpflegt; durch die Verwaltung letzterer Stiftung sei ihm die Wohnung im Spitale angewiesen worden. Es sei also die nach Art. 5 der Bundesverfassung unter dem Schutze des Bundes stehende Gewährleistung der persönlichen Freiheit ihm gegenüber verletzt. Demnach beantrage er:

1. Die Schlußnahme des Regierungsrathes des Kantons St. Gallen vom 24. August laufenden Jahres sei aufzuheben und

2. J. K. Dürler berechtigt, das Spital zu verlassen, wenn es ihm beliebe.

B. In seiner Vernehmlassung auf diese Beschwerde macht der Regierungsrath des Kantons St. Gallen geltend: Aus einer Darstellung des Sachverhalts durch den genossenbürgerlichen Verwaltungsrath der Stadt St. Gallen ergebe sich auf's Klarste, daß der Rekurrent armengenössig sei. Die Summe, welche der Steinlin'sche Familienfonds an die Verpflegung desselben beigetragen habe, decke die wirklichen Kosten des Spitals auch nicht annähernd. Armenhausbewohner aber stehen, nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen, unter Aufsicht und Kontrolle der unterstützenden Behörde und seien in ihrer persönlichen Freiheit beschränkt. Nach dem kantonalen Gesetze vom 1. August 1872, betreffend die Versorgung arbeitsscheuer und liederlicher Personen, könnte der Rekurrent, der sich seit Jahren als arbeitsscheu und liederlich bewährt habe, mit Fug und Recht in eine Zwangsarbeitsanstalt versetzt werden. Wenn man statt dessen dem Rekurrenten (der nunmehr 70 Jahre alt sei) die Wohlthat des Aufenthaltes in der in jeder Beziehung ausgezeichnet eingerichteten Armenanstalt des Spitals gewähre, so habe er gewiß keinen Grund, sich über Verletzung verfassungsmäßiger Rechte zu beschweren. Aus der vom Regie-

rungsrathe des Kantons St. Gallen angerufenen Darstellung des genossenbürgerlichen Verwaltungsrathes der Stadt St. Gallen ist Folgendes hervorzuheben: Im Jahre 1867 sei der Rekurrent, nachdem er ein erhebliches ererbtes Vermögen aufgebraucht, in Konkurs gefallen Schon von dieser Zeit an habe er (neben der Unterstützung aus dem Steinlin'schen Armenlegate) die öffentliche Armenunterstützung beansprucht, indem er während 12 $^1/_2$ Jahren eine wöchentliche Armengabe von 4 Fr. erhalten habe. Im Jahre 1870 sei er ein erstes Mal, und zwar als armengenössiger Bürger, ohne jede Vergütung in das Bürgerspital aufgenommen worden. Im Laufe der Jahre sei er dann wiederholt aus dem Spitale entlassen und wieder in dasselbe aufgenommen worden; im Ganzen habe er sich in demselben während 6 Jahren und 115 Tagen aufgehalten. Aus dem Steinlin'schen Familienarmengute seien für ihn während dieser Zeit im Ganzen 999 Fr. 11 Cts. an die Spitalverwaltung ausbezahlt worden; regelmäßige Beiträge aus dem Legat seien erst seit Neujahr 1885 geleistet worden und zwar auf Grund der minimen, die wirklichen Ausgaben bei Weitem nicht deckenden, Tagestaxe von 1 Fr. Der Rekurrent sei daher armengenössig. Er habe zudem, durch sein Verhalten in und außer des Spitals, zu vielen Klagen Anlaß gegeben und habe im Spitale wiederholt wegen Betrunkenheit, Vergehen gegen die Hausordnung u. s. w., disziplinarisch bestraft werden müssen. In rechtlicher Beziehung berufe sich der Verwaltungsrath auf Art. 30 des kantonalen Armengesetzes vom 30. April 1835 und Art. 1 des Gesetzes über Versorgung arbeitsscheuer und liederlicher Personen in Zwangsarbeitsanstalten vom 1. August 1872, in Verbindung mit Art. 15, Alinea 2 der Kantonsverfassung. Das Bundesgericht habe nicht zu prüfen, ob die kantonalen Behörden die kantonalen Gesetze richtig angewendet haben; es werde vielmehr nur untersuchen, ob eine willkürliche Freiheitsentziehung vorliege, dies sei aber an der Hand der vorliegenden Thatsachen zweifellos zu verneinen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die Gewährleistung der persönlichen Freiheit schließt nur willkürliche, auf keinem Gesetze beruhende Freiheitsbeschränkungen

aus. Von einer solchen kann aber hier nicht die Rede sein. Es kann zwar die Berechtigung, den Rekurrenten wider seinen Willen in dem Bürgerspitale der Stadt St. Gallen unterzubringen und zurückzubehalten, nicht aus den gesetzlichen Bestimmungen abgeleitet werden, welche die Versetzung arbeitsscheuer und liederlicher Personen in Zwangsarbeitsanstalten gestatten. Denn Versetzung in eine Zwangsarbeitsanstalt ist ja gegen den Rekurrenten gar nicht ausgesprochen worden. Wohl aber folgt das Recht der Armenbehörden, den Rekurrenten im Spitale unterzubringen, aus der Befugniß dieser Behörden, über die Art und Weise der Unterstützung oder Versorgung armenunterstützungsbedürftiger Personen zu entscheiden. (Art. 18 des kantonalen Armengesetzes vom 26. Februar 1835.) Daß nämlich der Rekurrent, trotz seiner gegentheiligen Behauptung, armenunterstützungsbedürftig und thatsächlich armengenössig ist, kann nach den hiefür vom Regierungsrathe des Kantons St. Gallen und dem Verwaltungsrathe der Stadt St. Gallen beigebrachten Nachweisen nicht bezweifelt werden und ist übrigens von den genannten Behörden innert den Schranken ihrer Kompetenz festgestellt worden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

---

74. Urtheil vom 16. Dezember 1887 in Sachen Broger.

A. Durch Vertrag vom 12. August 1886 verkaufte Johann Anton Broger, Kantonsrichter, in Rinkenbach, Appenzell J.-Rh., dem Gemeinderathe der Stadt St. Gallen seine Alp „Dunkelberndli" „mit Zielen und Marchen, wie bis anhin besessen, „mit Eigenthums-, Tretts-, Nutzungs-, Holz- und Wegrechten, „mit Gebäuden, Wasserquellen und Bächen;" der Verkäufer räumte dem Gemeinderathe ferner das Recht ein, „im ganzen „Umfange der Alp Großlaui, sowie im ganzen Umfange aller

„von ihm jetzt schon oder erst später erworbenen, zwischen „Weißbad und Potersalp gelegenen Liegenschaften beliebig nach „Wasser zu graben, dasselbe zu fassen oder abzuleiten, sowie „das Wasser aus den umliegenden und hinterliegenden Liegen„schaften durchzuleiten" und die hiefür erforderlichen Arbeiten auszuführen. Der Abtretungspreis für diese Rechte wurde auf 90,000 Fr. festgesetzt. Als dieser Vertrag der Landeskanzlei des Kantons Appenzell J.-Rh. zur Eintragung in das öffentliche Kaufprotokoll vorgelegt wurde, verweigerte dieselbe den Eintrag. Der Gemeinderath von St. Gallen, beziehungsweise der Präsident der st. gallischen Wasserversorgungskommission reklamirte hiegegen bei der Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. Diese faßte aber am 16. August 1886 folgenden Beschluß: „Die Standeskommission hat nach Prüfung „der beiliegenden und von den beidseitigen Kontrahenten unter„zeichneten Kaufstrazze, nach welcher der Kaufpreis zu 90,000 Fr. „angesetzt und „Quellen und Bäche" als zum Kaufobjekte gehörend, „ausnahmsweise und besonders vorbedungen sind, in Anbe„tracht, daß jedenfalls hier die Absicht eines vorzunehmenden „Wasserabzuges außer Landes obwaltet; daß aber darin eine „nicht unwesentliche Schädigung der allgemeinen Landesinte„ressen erblickt werden müßte und demzufolge die Verweigerung „der Verschreibung dieses Kaufes, wie er nämlich der Landes„kanzlei vorgelegt wurde, als begründet angesehen werden muß, „daher beschlossen: Es sei die gegen die Landeskanzlei erhobene „Reklamation als unbegründet erklärt und die Verschreibung „dieser Realität nur nach den hierorts vorgeschriebenen Formen „und gemäß früherm Entscheide vom 11. Juni 1884 mit der „Bedingung zulässig, daß im Falle des Vorhabens einer Ver„wendung des Wassers ab dem Kaufsobjekte die gemeinsamen „Landesinteressen vorbehalten bleiben." Dieser Beschluß wurde dem Gemeinderathe von St. Gallen am 13. September 1886 eröffnet. Daraufhin verlangte Kantonsrichter J. A. Broger bei der Standeskommission bedingslose Ratifikation des Kaufsvertrages. Am 23. November 1886 beschloß die Standeskommission: Es sei der schon früher (unterm 16. August 1886 gegenüber dem von der Gemeindeverwaltung der Stadt St.

Gallen ergriffenen Rekurse) gefaßte Beschluß aufrecht zu erhalten. Es werde daher nicht eingetreten, sondern Tagesordnung beschlossen; auf eine weitere Reklamation des J. A. Broger beschloß die Standeskommission am 10. Dezember 1886, es solle dem Herrn Broger der in dieser Angelegenheit früher schon gefaßte Beschluß vom 23. November 1886 mitgetheilt werden und sei es demselben unbenommen, die betreffende Schlußnahme als Auszug zu verlangen. Ueber eine weitere Eingabe des J. A. Broger beschloß die Standeskommission am 7. Januar 1887: Es sei diese Sache schon früher behandelt und auch diesbezüglich ein Beschluß gefaßt worden und möge Herr Broger einen Protokollauszug verlangen; in eine weitere Verhandlung werde nicht mehr eingetreten. Am 2. Februar 1887 richtete daraufhin Advokat Suter in St. Gallen, Namens des J. A. Broger, an die Standeskommission eine Eingabe, in welcher er ausführte: J. A. Broger habe auf eine Eingabe an die Standeskommission vom 20. Dezember 1886, worin er um Eintragung und Ausführung des Kaufvertrages nachgesucht habe, amtlich noch keinen Bescheid erhalten; mündlich sei ihm bei persönlicher Erkundigung verdeutet worden, es werde von Seiten der Standeskommission kein Bescheid erfolgen, da ein solcher seiner Zeit von dieser Behörde gefaßt und dem Gemeinderathe von St. Gallen vorgelegt worden sei. Er brauche sich aber dieses Verfahren nicht gefallen zu lassen, sondern verlange in erster Linie einen Entscheid über seine Eingabe vom 20. Dezember 1886, eventuell wenigstens eine amtliche Abschrift des frühern, auf die Reklamation des Gemeinderathes von St. Gallen gefaßten Beschlusses. Auf diese Eingabe beschloß die Standeskommission am 4. Februar 1887, es sei auf die Reklamation der Wasserversorgungskommission St. Gallen vom 16. August 1886 ein motivirter Entscheid gefaßt und dieser direkt der Rekurrentin mitgetheilt worden. Kantonsrichter Broger werde auf Verlangen eine gleichlautende Protokollausfertigung zugehalten. Diese Schlußnahme wurde dem Kantonsrichter Broger, nach seiner Behauptung, erst am 8. April 1887, nach erneuter Eingabe des Advokaten Suter vom 16. März, durch Protokollauszug mitgetheilt. Mit Zuschrift vom 9. April 1887

an das Aktuariat der Standeskommission verlangte Advokat Suter, daß dem mitgetheilten Protokollauszuge das ihm fehlende Ausfertigungs- oder Zustellungsdatum nachgetragen werde, da man sonst annehmen könnte, die Zustellung sei schon am 4. Februar oder bald nachher erfolgt. Diesem Begehren wurde nicht entsprochen, dagegen wurde daraufhin, zwischen dem 9. und 12. April 1887, dem Kantonsrichter Broger eine Abschrift des Beschlusses der Standeskommission vom 16. August 1886 durch das Aktuariat der Standeskommission mitgetheilt. Da diese Abschrift ebenfalls kein Ausfertigungs-, resp. Zustellungsdatum trug, so reklamirte Advokat Suter beim stellvertretenden Landesstatthalter durch Zuschrift vom 18. April 1887, es möchten sowohl fraglicher Abschrift als dem Protokollauszug vom 4. Februar 1887 die richtigen Ausfertigungs- und Insinuationsdaten beigefügt werden. Das Aktuariat der Standeskommission, im Auftrage dieser letztern, sandte hierauf mit Schreiben vom 22. April 1887 dem Advokaten Suter die Abschrift des Beschlusses vom 16. August 1886 und den Protokollauszug vom 4. Februar 1887 ohne Ausfertigungs- oder Zustellungsdatum zurück, mit dem Bemerken, es werde auf die Schlußnahme vom 4. Februar 1887 Bezug genommen und damit die Sache als erledigt betrachtet.

B. Nunmehr ergriff J. A. Broger den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. In seiner Rekursschrift vom 13./23. Mai 1887 beantragt er: Es möchte der Beschluß der Standeskommission vom 16. August 1886, dem Rekurrenten mitgetheilt am 11./12. April 1887, aufgehoben und Rekurrent zum Abschlusse und Vollzuge des in Frage stehenden Kaufvertrages über die Alp „Dunkelberndli" vom 12. August 1886 berechtigt erklärt werden. Er führt zunächst aus, daß die Beschwerde rechtzeitig eingereicht sei und macht sodann in materieller Beziehung geltend: Die angefochtene Schlußnahme der Standeskommission verletze die verfassungsmäßige Garantie des Eigenthums. Er sei Eigenthümer der Alp „Dunkelberndli" und damit, nach anerkanntem Rechtsgrundsatze, auch Eigenthümer des in dieser Liegenschaft befindlichen Quell- und Grundwassers. Als Eigenthümer der Wasserquellen könne er über

letztere beliebig verfügen, dieselben ohne Grund und Boden, um so mehr dann mit demselben veräußern. Eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, wonach der Grundeigenthümer in der Verfügung über das in seinem Grund und Boden enthaltene Quellwasser beschränkt wäre, bestehe nach appenzell-innerrhodischem Rechte nicht. Eine solche Beschränkung könne nicht beliebig durch Verfügung einer Verwaltungsbehörde statuirt werden; dies bezwecke aber die angefochtene Schlußnahme der Standeskommission vom 16. August 1886. wie sich aus ihrem Inhalte und aus der Bezugnahme auf einen frühern Beschluß vom 11. Juli 1884 ergebe.

C. In ihrer Vernehmlassung auf diese Beschwerde bemerkt die Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh.: Kaufverträge über Liegenschaften erlangen im innern Landestheile des Kantons Appenzell J.-Rh. erst dann rechtliche Gültigkeit, wenn sie auf der Landeskanzlei, in Gegenwart beider Parteien, nach bestimmten Formen ihre Verschreibung gefunden haben und letzterer die landammannamtliche Ratifikation ertheilt worden sei. Die kanzleilische Verschreibung und die landammannamtliche Ratifikation haben den Zweck, zu verhindern, daß bei Liegenschaftsveräußerungen bestehende Rechte verletzt werden. Nun sei im Kanton Appenzell J.-Rh. gewohnheitsrechtliche Form, daß bei Liegenschaftskäufen gesagt werde, das Objekt gehe an den neuen Besitzer über „in denjenigen Rechten und Beschwerden, wie solches bis dato benutzt und besessen worden ist.“ Der in Frage liegende Kaufvertrag gehe hierüber hinaus; in dem Erwerbstitel des Verkäufers sei keine Rede von einem besondern Eigenthum desselben an Quellen und Bächen, wie er dasselbe nun übertragen wolle. Der Kaufvertrag wolle daher, wie sich auch aus dem im Verhältnisse zu dem vom Verkäufer seiner Zeit bezahlten Erwerbspreise von 20,000 Fr. übermäßigem Kaufpreise von 90,000 Fr. ergebe, mehr Rechte übertragen, als der Verkäufer seinerseits erworben habe. Diesem Versuche haben der Landschreiber und die Standeskommission entgegentreten müssen. Dagegen beabsichtigen weder Landschreiber noch Standeskommission, eine Veräußerung der Liegenschaft zu verhindern, sofern dieselbe in den üblichen Formen

vorgenommen werde. Hiezu komme noch: Die Weigerung des Landschreibers, die Verschreibung vorzunehmen, sei den beiden anwesenden Parteien im August 1886 mündlich erklärt worden; gegen dieselbe habe nur der Gemeinderath von St. Gallen, nicht dagegen der Verkäufer Broger den Rekurs an die Standeskommission ergriffen. Daher sei der Entscheid der Standeskommission vom 16. August auch nur dem Gemeinderathe von St. Gallen und nicht dem Rekurrenten eröffnet worden. Der Gemeinderath von St. Gallen habe den Rekurs an das Bundesgericht nicht ergriffen, sondern es habe nunmehr der Verkäufer Broger die Rolle des Rekurrenten zu übernehmen versucht, indem er durch wiederholte Eingaben an die Standeskommission einen neuen Entscheid dieser Behörde zu veranlaßen gesucht habe. Auf diese Eingaben habe er stets (erstmals durch Beschluß vom 23. November 1886) den Bescheid erhalten, daß die Sache durch den Beschluß vom 16. August 1886 erledigt sei und es sei ihm von der Sachlage mündlich Kenntniß gegeben worden. Rekurrent habe, da er sich dem Rekurse des Gemeinderathes von St. Gallen gegen die abweisende Verfügung des Landschreibers nicht angeschlossen habe, auf den Rekurs verzichtet und überdem alle Fristen versäumt. Demnach werde beantragt:

1. Auf die Rekursbeschwerde ist wegen Verspätung nicht einzutreten;

2. eventuell es ist dieselbe, soweit sie sich gegen die Verfügung der Standeskommission richtet, als gegenstandslos abzuweisen.

D. Replikando bemerkt der Rekurrent im Wesentlichen: Er habe die Alp „Dunkelberndli" mit allen zu derselben gehörigen Rechten erworben; da die Standeskommission selbst nicht bestreite, daß die in einem Grundstücke befindlichen Quellen und Bäche einen Bestandtheil desselben bilden, so habe er also auch die in der Alp „Dunkelberndli" befindlichen Quellen und Bäche erworben. Er könne dieselben somit, da eine gesetzliche Beschränkung nicht bestehe, auch veräußern und daher im Kaufvertrage als Bestandtheile des Verkaufsgegenstandes benennen. Die Schlußnahme der Standeskommission zeige übrigens deut-

lich, daß es derselben nicht um Wahrung einer „gewohnheitsrechtlichen Form" sondern um die Verhinderung der Uebertragung des Quelleneigenthums an die Stadt St. Gallen zu thun sei. Der Rekurs sei nicht verspätet. Als Verfügung im Sinne des Art. 59 O.-G. könne nicht die Weigerung der Landeskanzlei, den Kauf zu verschreiben, sondern nur der Beschluß der Standeskommission vom 16. August 1886 gelten. Dieser sei aber dem Rekurrenten als definitive rekurrirbare Verfügung erst am 11./12. April 1887 eröffnet worden. Die Beschlüsse der Standeskommission vom 23. November und 10. Dezember 1886 und 7. Januar 1887 seien dem Rekurrenten niemals amtlich eröffnet worden, derjenige vom 4. Februar 1887 erst am 8. April gleichen Jahres und zudem habe dieser Beschluß auf die Schlußnahme vom 16. August 1886 Bezug genommen, diese selbst aber nicht enthalten.

E. Aus der Duplik der Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. ist Folgendes hervorzuheben: Der Streit scheine eigentlich gegenstandslos zu sein. Wenn es richtig sei, daß zum Eigenthum einer Liegenschaft auch das Recht der unbeschränkten Verfügung über die darauf fließenden Quellen und Bäche gehöre, so habe der Rekurrent, indem er die Alp „Dunkelberndli" in der gewohnheitsrechtlichen Form erworben habe, auch dieses Recht erworben. Wenn er heute die gleiche Alp „mit allen Rechten, Nutzungen und Beschwerden, wie solche bis dahin besessen worden ist," an die Stadtgemeinde St. Gallen übertragen dürfe, so werde er doch gewiß nicht gehindert, über alle seine Rechte an der Alp, welche er wirklich besitze, zu verfügen. Die gewohnheitsrechtliche Formel hindere ihn in seiner Verfügung über seine Rechte nicht im Geringsten. Eine andere Frage sei nun freilich, ob der Eigenthümer einer Alp die darauf fließenden Quellen und Bäche ableiten könne. Die Standeskommission bestreite dies; sie sei der Ansicht, daß in Bezug auf alle fließenden Gewässer, namentlich auf Bäche, staatliche Hoheitsrechte bestehen und die Standeskommission werde dieselben geltend machen, sobald sie dazu Veranlaßung habe. Ebenso sei es nicht ausgeschlossen, daß an solchen Quellen und Bächen privatrechtliche Nutzungsrechte solcher bestehen, deren Liegen-

schaften durch die Bäche durchschnitten werden. Durch einen Kaufvertrag zwischen dem Rekurrenten und der Stadt St. Gallen könnten öffentlich-rechtliche Befugnisse des Staates und wohlerworbene Rechte Dritter niemals beeinträchtigt werden, — auch dann nicht, wenn dieser Kaufvertrag in der von den Kontrahenten beliebten Form gefertigt würde. Gerade um den Schein zu vermeiden, als ob durch den fraglichen Kaufvertrag über Hoheitsrechte des Staates oder über Rechte Dritter verfügt werden könnte, sei die Eintragung des Vertrages in der von den Kontrahenten vereinbarten Fassung verweigert worden. Die gewohnheitsrechtliche Form genüge völlig, um alle Rechte zu übertragen, welche Rekurrent an seinen Liegenschaften wirklich besitze.

F. In einer Schlußvorkehr bemerkt der Rekurrent: Gerade die Behauptung der Standeskommission, sie besitze „Hoheitsrechte," welche ihr gestatten, die in Rede stehende Verfügung des Rekurrenten über seine Quellen zu verbieten, bilde den Gegenstand des Rekurses. Er anerkenne solche Hoheitsrechte nicht, da sie in keinem Gesetze begründet seien. Allfällige seiner Verfügung entgegenstehende Privatrechte Dritter bleiben selbstverständlich gewahrt; sollten solche geltend gemacht werden, so werde er den Ansprechern im Civilprozesse Rede stehen. Der Regierung von Innerrhoden aber stehe nicht zu, eventuelle privatrechtliche Ansprüche Dritter durch einen administrativen Akt gegenüber dem Eigenthumsrechte des Rekurrenten zur Geltung zu bringen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Einwendung der Verspätung des Rekurses ist unbegründet. Als Verfügung, gegen welche der Rekurs an das Bundesgericht gerichtet ist und zu richten war, kann vorerst nicht der Bescheid der Landeskanzlei, resp. des Landschreibers, wodurch die Eintragung des Kaufvertrages von dieser Stelle verweigert wurde, in Betracht kommen. Einerseits nämlich kann bezweifelt werden, ob die Landeskanzlei, resp. der Landschreiber überhaupt als kantonale „Behörde" im Sinne des Art. 59 O.-G. zu betrachten sei; sodann aber ist unzweifelhaft, daß gegen den Bescheid des Landschreibers Rekurs an die

Standeskommission ergriffen werden konnte und ergriffen worden ist. Diejenige Schlußnahme der Standeskommission nun, wodurch dieser Rekurs sachlich geprüft und abgewiesen wurde, — der Beschluß vom 16. August 1886, — ist, soviel aus den Akten ersichtlich, zwar dem Gemeinderathe der Stadt St. Gallen schon am 13. September 1886, dem Rekurrenten aber erst am 9./12. April 1887 amtlich eröffnet worden. Seine Beschwerde ist daher rechtzeitig eingereicht worden. Es mag zwar zugegeben werden, daß, da ursprünglich nur der Gemeinderath von St. Gallen und nicht der Rekurrent sich beschwerend an die Standeskommission gewendet hatte, anfänglich eine Veranlaßung nicht vorlag, den Beschluß vom 16. August 1886 auch dem Rekurrenten amtlich zuzufertigen. Nachdem aber später auch der Rekurrent sich bei der Standeskommission beschwerte und auch ihm gegenüber der Beschluß vom 10. August 1886 einfach aufrecht erhalten werden wollte, mußte auch ihm dieser Beschluß amtlich eröffnet werden, wenn die Rekursfrist des Art. 59 O.-G. in Lauf gesetzt werden sollte. Eine solche amtliche Eröffnung hat aber eben, wie bemerkt, soweit ersichtlich, erst am 9./12. April 1887 stattgefunden; eine frühere mündliche Eröffnung amtlichen Charakters ist in keiner Weise dargethan.

2. In der Sache selbst ist zu bemerken: Die angefochtene Schlußnahme der Standeskommission verweigert, wie sich aus ihrem Wortlaute unzweideutig ergiebt, die kanzleiische Verschreibung des Kaufvertrages nicht wegen mangelnder äußerer Form desselben, sondern deßhalb, weil die Veräußerung des Kaufgegenstandes, sowie derselbe im Kaufvertrage beschrieben ist, den „allgemeinen Landesinteressen" zuwiderlaufe. Hierin muß ohne weiters eine Verletzung der in Art. 4 der appenzell-innerhodischen Kantonsverfassung enthaltenen Gewährleistung des Eigenthums erblickt werden. Denn es geht doch gewiß nicht an, daß eine Verwaltungsbehörde, ohne jede gesetzliche Ermächtigung, die Veräußerung von Privateigenthum deßhalb hemme, weil dieselbe nach ihrem Ermessen dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft. In einer derartigen Verfügung liegt ein verfassungswidriger Eingriff in das Privateigenthum, das eben nicht durch Administrativverfaße, auf Grund wirklicher

oder vermeintlicher öffentlicher Interessen, beliebig beschränkt werden darf, sondern nur gesetzlichen Beschränkungen unterliegt. Wenn die Standeskommission in ihrer Duplik sich darauf beruft, daß über fließende Gewässer Hoheitsrechte des Staates bestehen und daß auch Privatrechte Dritter einer Ableitung solcher durch den Eigenthümer entgegenstehen können, so ist ja selbstverständlich, daß eine rechtsgeschäftliche Verfügung des Grundeigenthümers über das in seinem Grund und Boden enthaltene Wasser niemals weder entgegenstehende Privatrechte Dritter noch die wasserpolizeilichen Hoheitsrechte des Staates beeinträchtigen kann, daß vielmehr diese, soweit sie bestehen, durchaus unberührt bleiben. Wenn die Standeskommission ferner geltend macht, daß der Streit eigentlich gegenstandslos sei, da sie einer Veräußerung der Liegenschaft „mit allen bestehenden Rechten und Beschwerden" sich nicht widersetze, so ist darauf zu erwidern, daß doch den Kontrahenten eine detaillirtere Bezeichnung des Vertragsgegenstandes freigestellt sein muß; denn dieselbe ist ja, da sie eben genau bestimmt, welche Rechte der Verkäufer dem Käufer zu übertragen verspricht, sachlich erheblich.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs ist als begründet erklärt und es wird mithin der angefochtene Beschluß der Standeskommission des Kantons Appenzell J.-Rh. vom 16. August 1886 als verfassungswidrig aufgehoben.

Fünfter Abschnitt. — Cinquième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande.
Traités de la Suisse avec l'étranger.

Auslieferungsvertrag mit Frankreich. — Traité d'extradition avec la France.

75. *Arrêt du 22 Octobre 1887 dans la cause Packe.*

Dans la nuit du 20 au 21 Octobre 1885, le négociant Albert Vischer, à Bâle, fut victime d'un vol avec effraction, portant sur 11 titres de valeur, du montant de 16 841 fr. 25 c. La plus grande partie de ces titres furent retrouvés, dans le courant de Février 1886, en possession d'un sieur Francis Packe, de Ruislip (Angleterre), lequel vivait alors à Paris, sous le nom de Georges Duncan. Packe ne put justifier de l'origine de ces valeurs et fut extradé à Bâle, à la réquisition du Conseil fédéral.

Par un premier jugement du 2 Octobre 1886, Packe fut déclaré coupable du prédit vol et condamné à 8 ans de reclusion et à 10 ans de privation de ses droits civiques.

En Décembre 1886, Packe demanda la revision de ce jugement ; il invoqua son alibi et le procès fut repris. Par un second jugement du 28 Juillet 1887, le Tribunal criminel de Bâle constate en effet que Packe, au moment du vol, se trouvait, non pas à Bâle, mais en Angleterre, et l'accusé fut acquitté du chef de vol.

Par note du 26 Septembre 1887, l'ambassade de France en

Suisse demande la réextradition de Packe, comme poursuivi du chef de complicité de vol par recel, attendu que le prévenu ne peut justifier de la possession des titres volés, retrouvés entre ses mains. Cette note est accompagnée d'un mandat d'arrêt à fin d'extradition, lancé contre le sieur Packe comme prévenu du crime susmentionné, prévu par les art. 59, 62, 384, 381 N° 4 du code pénal français.

Dans son interrogatoire du 30 Septembre 1887 devant le magistrat instructeur bâlois, Packe a déclaré s'opposer à l'extradition demandée, et ce par les motifs ci-après :

« 1° Le vol mentionné dans le mandat d'arrêt du juge d'instruction à Paris a été commis à Bâle, et non en France. Le Tribunal français ne peut donc pas prétendre à juger un tel crime, qui ne peut être jugé qu'en Suisse ou en Angleterre. Le recel, dont Packe est accusé, et qui n'existe pas, fait partie de ce vol et ne peut être jugé en France.

» 2° Dans son mandat d'arrêt, le Procureur français a accusé Packe, il y a deux ans, de vol et non de recel. Or le Tribunal d'appel de Bâle l'a acquitté de cette accusation, et c'est un forfait d'avancer une autre accusation contre lui sur le même sujet.

» 3° Etant sujet anglais, Packe demande que la Suisse le livre à l'Angleterre, pour y attendre toutes les accusations contre lui. »

Par office du 7 Octobre 1887, le Conseil fédéral a transmis au Tribunal fédéral le dossier de l'affaire, en l'invitant à prononcer, conformément à l'art. 58 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° L'extradition du prévenu Packe est requise aux termes de l'art. 1er du traité du 9 juillet 1869 entre la Suisse et la France, lequel stipule entre autres que les gouvernements des deux Etats s'engagent à se livrer réciproquement, à la seule exception de leurs nationaux, les individus poursuivis ou condamnés comme auteurs *ou complices* par les tribunaux compétents, pour les crimes et délits énumérés dans le même article.

Or l'art. 62 du code pénal français dispose que ceux qui sciemment auront recelé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis comme complices de ce crime ou de ce délit.

Le code pénal de Bâle, bien que prévoyant à ses art. 157 et 158 des peines spéciales pour le recel, n'en statue pas moins, à l'art. 40, lequel figure dans sa partie générale, que les receleurs sont compris au nombre des complices du vol.

Il y aurait donc lieu, de ce chef déjà, à déférer à la demande d'extradition du sieur Packe.

2° En tout cas, aucun doute sur le bien-fondé de cette demande ne saurait subsister en présence de la pratique inaugurée par le Conseil fédéral en 1872, à propos d'un cas entièrement semblable. Cette autorité, seule compétente à cette époque pour interpréter et appliquer le traité, a obtenu l'extradition d'un individu condamné pour recel, à la condition que la Suisse userait de réciprocité dans les cas analogues. A cette occasion, le gouvernement français a demandé une déclaration formelle dans ce sens, par le motif que dans certains pays le recel est considéré comme un délit spécial et distinct, et que le traité du 9 Juillet 1869 n'en fait pas mention. Le Conseil fédéral n'a point hésité alors à donner au gouvernement français la déclaration demandée, attendu que l'art. 1er précité du dit traité prévoit l'extradition non seulement des auteurs des crimes et délits qu'il vise, mais encore des complices. (V. Feuille fédérale 1873 vol. II, p. 52, N° 2.)

Cette interprétation, confirmée au moins tacitement par l'Assemblée fédérale, apparaît comme l'expression de la volonté des parties contractantes, et comme d'autant mieux justifiée que le recel, — fait similaire pour lequel l'extradition est demandée, — est puni par le code pénal de Bâle, pays auquel la demande est adressée, et qu'il est ainsi satisfait à la condition posée par le dernier alinéa de l'art. 1er susvisé.

Dans cette situation, et toutes les exigences formulées par le prédit traité se trouvant d'ailleurs remplies en l'espèce, aussi bien au point de vue de la forme dans laquelle la de-

mande est conçue, qu'à celui de la qualification de l'infraction visée, il y a lieu de déférer à la requête de l'ambassade de France.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'extradition de Francis Packe, de Ruislip (Angleterre), âgé de 47 ans, célibataire, sans profession, connu aussi sous les noms de Georges Duncan et de Bartlett, actuellement détenu à Bâle, est accordée, conformément à l'art. 1er du traité du 9 Juillet 1869 entre la Suisse et la France, ensuite de la demande de l'ambassade de cette dernière puissance en Suisse.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

Heimatlosigkeit. — Heimatlosat.

76. Urtheil vom 2. Dezember 1887 in Sachen Bundesrath gegen Uri und Tessin.

A. Am 2. November 1805 wurden durch das Pfarramt von Daro, Kantons Tessin, Franz Joseph Reglin und Aloisia Reglin, beide von Wasen, Kantons Uri, getraut; in dem bezüglichen Eintrage im Traubuche von Daro ist bemerkt, daß die Trauung erfolgt sei « vistis omnibus requisitis » und nachdem die Nupturienten wegen Verwandtschaft im zweiten Grade der Consanguineität von der Nunziatur in Luzern und bezüglich der Verkündung vom bischöflichen Kommissär in Altorf am 10. Oktober 1805 Dispens erhalten haben. Aus der Ehe des Franz Joseph Reglin und der Aloisia Reglin (welche beide verstorben sind) sind mehrere Kinder hervorgegangen, von denen folgende (weil sie noch leben oder Nachkommen hinterlassen haben) hier in Betracht kommen:

1. Franz Johann Peter Reglin, geboren in Piazzogna (Tessin) den 12. März 1807, unverheirathet, seit 1884 in Göschenen wohnhaft;

2. Josepha Maria Louisa Reglin, geboren in Vira-Gambarogno (Tessin) den 21. August 1811, wohnhaft in Intra (Italien);

3. Joseph Ignaz Cosius Reglin, geboren in Vira-Gambarogno den 13. Juli 1815;

4. Joseph Anton Reglin, geboren in Piazzogna den 18. Januar 1818.

B. Von diesen Kindern des Franz Joseph und der Aloisia Reglin hat sich Ignaz Reglin (geb. 1815) am 28. Juli 1842 zu Vira-Gambarogno mit Carola Antognini von Magadino verehelicht; beide Ehegatten sind (in Magadino) gestorben. Aus der Ehe sind folgende hier in Betracht kommende Kinder hervorgegangen:

1. Jakob Eduard Franz Reglin, geboren am 21. Oktober 1842 zu Vira-Gambarogno;

2. Jakob Joseph Donat Reglin, geboren am gleichen Orte am 21. Oktober 1845, zur Zeit in Amerika;

3. Karl Reglin, geboren am 8. November 1847;

4. Emanuel Eduard Achilles Reglin, geboren zu Magadino am 14. Februar 1850;

5. Modesto Antonio Reglin, geboren zu Magadino den 9. Juni 1853;

6. Maria Josepha Herminia Reglin, geboren zu Magadino den 2. Mai 1857.

C. Der Bruder des Ignaz Reglin, Joseph Reglin (geb. 1818), hat sich am 25. Januar 1870 zu Vira-Gambarogno mit Gioconda Tappa von Vira, geboren am 24. September 1838, verehelicht. Er starb in Solduno (Tessin) am 20. Februar 1882 und hat folgende Kinder zurückgelassen:

1. Franz Anton Reglin, geboren am 6. November 1870;

2. Luisa Angela, geboren am 19. August 1875;

3. Jakobina Rosa, geboren am 10. Dezember 1876;

4. Anton, geboren am 12. August 1879;

5. Franz Johann, geboren am 6. November 1880;

Die Wittwe Gioconda geborne Tappa wohnt gegenwärtig mit ihren fünf Kindern in Muralto bei Locarno.

D. Jakob Eduard Franz Reglin (geb. 1842, Sohn des Ignaz s. oben Fakt. B) wurde am 7. Februar 1864 in der Kirche San Pantaleone, Gemeinde Boscomarengo, Diözese Alessandria, ehelich getraut mit Rosa Sartirana von Boscomarengo, geboren am 14. Juli 1844. Aus dieser Ehe gingen fünf Kinder hervor, nämlich:

1. Maria Elvira Luigia, geboren in Magadino den 6. November 1864;

2. Cornelia Maria Assunta, geboren in Magadino den 6. Mai 1867;

3. Franz Carl Anton, geboren in Kufstein, Oesterreich, den 25. April 1871;

4. Karl Joseph Michael, geboren in Rosenheim, Bayern, den 8. Mai 1877;

5. Aloisia Maria genannt Luisa, geboren in Langen, Gemeinde Klösterli, Vorarlberg, den 7. November 1884.

Diese Familie hält sich in Deutschland auf.

E. Karl Reglin (Sohn des Ignaz, Bruder des Franz, Fakt. B und D, geb. 1847) zur Zeit wohnhaft in Locarno, wurde am 9. August 1870 in Kufstein, Oesterreich, ehelich getraut mit Maria Dominica Assunta Sartirana, (geb. 1849) einer Schwester der oben genannten Ehefrau seines Bruders Franz. Aus dieser Ehe sind folgende Kinder noch am Leben:

1. Ignaz Franz Peter, geboren in Rosenheim, Bayern, den 5. November 1872;

2. Peter Karl Modesto, geboren daselbst den 16. Dezember 1874;

3. Carolina Luisa, geboren in Muralto, Tessin, den 14. Februar 1876;

4. Emil Ludwig, geboren ebenfalls in Muralto den 1. August 1879;

5. Felix, geboren in Muralto den 21. April 1882;

6. Cäsar Joseph Domenico, geboren in Magadino den 21. September 1884;

F. Emanuel Eduard Achill Reglin (Sohn des Ignaz, s. Fakt. B) verehelichte sich am 4. Dezember 1880 zu Paris, wo er sich aufhält, mit Augustine Heinard, geboren zu Nogent-sur-Seine, (Aube) am 13. Januar 1862. Aus dieser Ehe ist hervorgegangen Karl Johann Reglin, geboren am 6. August 1883 zu Paris.

G. Modesto Antonio Reglin (Sohn des Ignaz, s. Fakt. B oben) wohnhaft in Basel, verehelichte sich am 3. Januar 1885 zu Como mit Josephina Tonst von Como, geboren in

Bergamo am 13. Juli 1861. Aus dieser Ehe ist am 15. Dezember 1885 ein Knabe Joseph Ignaz Johann geboren worden.

H. Am 22. August 1884 stellte die Regierung des Kantons Tessin beim Bundesrathe das Gesuch, er möchte die Gemeinden Wasen und Göschenen, Kantons Uri, anhalten, den im Kanton Tessin wohnenden Gliedern der Familie Reglin Heimatscheine auszustellen. Die Regierung des Kantons Uri erklärte am 18. Dezember 1884, daß keine der genannten Gemeinden die Familie Reglin anerkennen zu müssen glaube und daß auch sie deren Anerkennung ablehne. Der Bundesrath beschloß hierauf, im Einverständniß der beiden betheiligten Regierungen, das Verfahren des Bundesgesetzes über Heimatlosigkeit einzuleiten. Nach durchgeführter Heimatrechtsuntersuchung beschloß der Bundesrath am 26. November 1886, es sei der Kanton Uri verpflichtet, die im Eingange genannten 31 Personen im Sinne von Art. 3 des Bundesgesetzes über die Heimatlosigkeit im Kanton und in einer Gemeinde einzubürgern. Der Regierungsrath des Kantons Uri erkannte indeß diesen Beschluß nicht an und rief den Kanton Tessin ins Recht.

I. Mit Schriftsatz vom 21. Januar 1887 stellte hierauf der eidgenössische Untersuchungsbeamte in Heimatlosensachen im Auftrage des Bundesrathes beim Bundesgerichte den Antrag: Der Kanton Uri sei in Uebereinstimmung mit dem Beschlusse des Bundesrathes vom 26. November 1886 zu verpflichten, den im Eingange sub Ziffer I bis IX angeführten 31 Personen das Kantons- und Gemeindebürgerrecht zu verschaffen, eventuell sei der Kanton Tessin zu der Einbürgerung dieser Personen zu verpflichten. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt: Die Angehörigen der Familie Reglin gehören ohne Zweifel der Schweiz an, werden aber von keinem Kanton als Bürger anerkannt, so daß sie als schweizerische Heimatlose nach Vorschrift des Gesetzes einzubürgern seien. Es sei durch das Resultat der Heimatrechtsuntersuchung erwiesen, daß die sämmtlichen 31 in Frage stehenden Familienglieder eheliche Nachkommen der am 2. November 1805 in Daro getrauten Brautleute Joseph und Aloisia Reglin (beziehungsweise Ehegatten von solchen

Nachkommen) seien. Joseph und Aloisia Reglin haben unwidersprochen der Gemeinde Wasen Göschenen, Kantons Uri, bürgerlich angehört. Nach konstanter bundesrechtlicher Praxis werde die staatsrechtliche Gültigkeit einer im Auslande oder in einem andern Kantone nach der dortigen Gesetzgebung eingegangenen Ehe auf so lange präsumirt, als nicht aus der Gesetzgebung des betreffenden Kantons nachgewiesen sei, daß dieselbe ohne Zustimmung der Landesregierung resp. ohne Beobachtung der einheimischen formellen Vorschriften nicht in gültiger Weise habe eingegangen werden können. Einen solchen Nachweis habe die Regierung des Kantons Uri nicht erbracht. Uebrigens habe die Gemeinde Göschenen die Gültigkeit der am 2. November 1805 zu Daro zwischen Joseph und Aloisia Reglin eingegangenen Ehe dadurch anerkannt, daß sie den erstgeborenen Nachkommen, den im Jahre 1807 geborenen Sohn Peter Reglin, schon 1848 mit einem Heimatscheine versehen und ihn seit 1884 als ihren Mitbürger aufgenommen habe.

K. Der Regierungsrath des Kantons Uri führt in seiner Vernehmlassung auf diese Frage aus: Er bestreite, daß die 31 Personen, deren Einbürgerung zur Zeit streitig sei, als eheliche Nachkommen des Franz Joseph und der Aloisia Reglin anzusehen seien. Nach Art. 103 des urnerschen Landbuches und nach der urnerschen Rechtspraxis habe bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe eine Ehe urnerscher Angehöriger nur mit Bewilligung des heimatlichen Pfarramtes resp. sofern dieses einen Anstand erblickt habe, des heimatlichen Gemeinderathes oder, im Rekursfalle, des Ehegerichtes eingegangen werden dürfen. Eine außerhalb des Kantons ohne Bewilligung des heimatlichen Pfarramtes oder Gemeinderathes von einem urnerschen Bräutigam eingegangene Ehe sei niemals als rechtsgültig abgeschlossen anerkannt worden. Ferner sei auf die Bestimmungen des Konkordates vom 4. Juli 1820, welches lediglich eine Revision desjenigen von 1807 enthalte, und welchem die Kantone Uri und Tessin beigetreten seien, hinzuweisen. Nach diesem Konkordate seien für den Eheabschluß zwischen Angehörigen eines Kantons in einem andern Kanton die Verkündigung im Heimatstaate sowie die

Beibringung einer Erklärung der heimatlichen Regierung der Nupturienten, daß dem Eheabschluß ein gesetzliches Hinderniß nicht entgegenstehe, vorgeschrieben gewesen. § 7 dieses Konkordates bestimme, daß alle Folgen unregelmäßiger Kopulationen und namentlich die Verpflichtung, bei daraus entstehender Heimatlosigkeit den betreffenden Individuen und Familien eine bürgerliche Existenz zu sichern, auf denjenigen Kanton zurückfallen solle, wo dieEhe eingesegnet worden sei. Das Ehegesetz des Kantons Uri vom 29. Oktober resp. 27. Dezember 1856 schreibe vor, daß ein Angehöriger des Kantons Uri, welcher sich außerhalb des Kantons trauen lassen wolle, hiefür eine von der Kanzlei beglaubigte Bewilligung seines Ortspfarrers und des Gemeinderathes seiner Heimatgemeinde zu erwirken pflichtig sei, ansonst ihm die Verehelichung untersagt sein solle. § 7 dieses Gesetzes spreche einer gegen die Gesetze des Staates abgeschlossenen Ehe die bürgerliche Wirkung ab, mit dem Vorbehalte, daß bei bloß formellen Mängeln die bürgerliche Anerkennung der Ehe nachträglich auf Vorschlag des Diözesanrathes durch den Regierungsrath ausgesprochen werden könne. Diese konkordatsmäßigen und gesetzlichen Vorschriften seien bei sämmtlichen Eheabschlüssen von Angehörigen der Familie Reglin, welche hier in Betracht kommen, durchaus mißachtet worden. Schon für den Eheabschluß vom 2. November 1805 zwischen Franz Joseph und Aloisia Reglin sei nicht erwiesen, daß für denselben die Einwilligung des heimatlichen Pfarramtes eingeholt worden sei. Allein es komme nicht nur, wie der Bundesrath annehme, auf die Gültigkeit dieser Ehe, sondern auch auf diejenige der Ehen der Deszendenten dieses Paares an, speziell auf die Gültigkeit der Ehen des Ignaz Reglin von 1842, des Joseph Reglin von 1870, des Franz Reglin von 1864, des Karl Reglin von 1870 und endlich des Emanuel Reglin von 1880. Bei allen diesen Eheabschlüssen (von denen nur der letztere unter die Herrschaft des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe falle) habe eine Verkündigung in der Heimat nicht stattgefunden und sei die Bewilligung der heimatlichen Behörden nicht eingeholt worden; ja den letzteren sei von diesen Ehen ebensowenig wie von den Geburten aus denselben je Kenntniß gegeben worden. Angesichts

der oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen des Kantons Uri sei somit die bürgerliche Unwirksamkeit dieser Ehen für den Kanton erwiesen. Daß dem Peter Reglin im Jahre 1847 ein Heimatschein ausgestellt worden sei und er seit 1884 von der Gemeinde Göschenen unterstützt werde, könnte höchstens dazu führen, daß dieser Peter Reglin (nicht aber, daß die ganze Familie) dem Kanton Uri und der Gemeinde Göschenen zugetheilt werde. Demgemäß werde beantragt: Die Klage des Bundesrathes betreffend Einbürgerung der 31 vorgenannten Personen in Uri sei abzuweisen und diese Verpflichtung, entgegen der bundesräthlichen Beschlußnahme vom 26. November 1886, dem Kanton Tessin aufzuerlegen. Eventuell sei der Kanton Uri zu verpflichten, den im Jahre 1807 geborenen Peter Reglin einzubürgern. Alles unter Kostenfolge.

L. Der Regierungsrath des Kantons Tessin schloß sich in seiner Klagebeantwortung den Ausführungen und Anträgen des Bundesrathes an. In seiner Replik auf die Antwort des Regierungsrathes des Kantons Uri macht er im Wesentlichen folgende Momente geltend: Die thatsächlichen Behauptungen der Klage seien vom Regierungsrathe des Kantons Uri nicht bestritten worden. In rechtlicher Beziehung könne die Gültigkeit der zu Daro am 2. November 1805 zwischen Franz Joseph und Aloisia Reglin abgeschlossenen Ehe mit Grund nicht beanstandet werden. Die Ehe sei nach den im Kanton Tessin geltenden Vorschriften und unter Beobachtung der durch die dortige Gesetzgebung vorgeschriebenen Förmlichkeiten abgeschlossen worden. Anders können die Worte vistis omnibus requisitis im Traubucheintrage nicht gedeutet werden; zudem habe die Regierung des Kantons Uri gar nicht nachgewiesen, daß zur Zeit des Abschlusses dieser Ehe die Einholung einer Heirathsbewilligung der heimatlichen Behörden irgendwie vorgeschrieben gewesen sei. Die Kinder aus dieser Ehe müssen demnach als legitime Deszendenten eines urnerschen Bürgers und somit als urnersche Angehörige anerkannt werden. Dadurch, daß deren Geburt (ebenso wie die ihrer Deszendenten) dem Heimatkanton nicht angezeigt worden sei, haben sie ihr Bürgerrecht nicht verwirkt. Zu einer sachbezüglichen Anzeige habe gar keine rechtliche Ver-

pflichtung bestanden. Die späteren, von den Deszendenten des Franz Joseph und der Aloisia Reglin abgeschlossenen, Ehen seien sämmtlich nach den Gesetzen des Ortes ihres Abschlusses gültig eingegangen worden. Nach der bundesrechtlichen Praxis seien sie daher auch dem Kanton Uri gegenüber als gültig zu betrachten, sofern dieser nicht den Nachweis erbringe, daß nach seiner Gesetzgebung diese Ehen nicht hätten eingegangen werden können. Ein solcher Nachweis sei nicht erbracht. Keine urnersche Gesetzesbestimmung schreibe die Nichtigkeit dieser Ehen vor; allerhöchstens könnte es sich um einen heilbaren Formmangel handeln. Auch das Konkordat von 1820 bestimme nicht, daß eine ohne Beobachtung der konkordatsmäßigen Förmlichkeiten eingegangene Ehe nichtig sei oder den Verlust des Bürgerrechtes nach sich ziehe. Eine solche Folge könnte also nur eintreten, wenn die urnersche Gesetzgebung sie vorschriebe; dies sei aber, wie bemerkt, nicht der Fall. Der Kanton Uri sei daher verpflichtet, die in Rede stehenden 31 Personen als seine Bürger anzuerkennen.

M. Der schweizerische Bundesrath hält in seiner Replik an seinen Anträgen unter Hinweisung auf die Akten einfach fest.

Die Regierung des Kantons Uri führt in ihrer Duplik die Argumente ihrer Vernehmlassungsschrift weiter aus, indem sie insbesondere noch darauf hinweist, daß Glieder der Familie Reglin verschiedentlich in Civilstands- und andern Akten als heimatberechtigt in Magadino bezeichnet werden und auch Pässe seitens der tessinischen Behörden erhalten haben. Dies, sowie das eigenmächtige Vorgehen der tessinischen Behörden bei der Verehelichung dieser Personen und der Umstand, daß über Heirathen und Geburten in der Familie niemals eine Mittheilung an die angebliche Heimatgemeinde erfolgt sei, beweise deutlich, daß die tessinischen Behörden selbst der Ansicht gewesen seien, die Familie gehöre dem Kanton Tessin an.

N. Bei der heutigen Verhandlung halten die Vertreter des Bundesrathes und der Regierungen der Kantone Uri und Tessin ihre im Schriftenwechsel gestellten Anträge aufrecht. Der Vertreter des Kantons Uri bringt insbesondere noch vor, die Josepha Maria Luisa Reglin, geboren am 21. August 1811,

habe sich nach Italien verheiratet und falle daher außer Betracht, worauf der Vertreter des Bundesrathes erklärt, daß er hievon keine Kenntniß habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist, auch insoweit solche Mitglieder der Familie Reglin in Frage stehen, welche im Auslande wohnen, keine Einwendung dagegen erhoben worden, daß die Angelegenheit in dem durch das Bundesgesetz über die Heimatlosigkeit vorgeschriebenen Verfahren behandelt und erledigt werde. Demnach steht nichts entgegen, daß auf die Klage des Bundesrathes in vollem Umfang eingetreten werde.

2. Als zweifellos erscheint zunächst, daß der Kanton Uri verpflichtet ist, die unmittelbaren Nachkommen des Franz Joseph und der Aloisia Reglin (Peter Reglin, geb. 1807 und Luisa Reglin, geb. 1811, letztere sofern sie nicht allfällig durch Verheiratung mit einem Ausländer ihr schweizerisches Bürgerrecht verloren haben sollte) zu übernehmen resp. als seine Bürger anzuerkennen. Es ist ja nicht bestritten, daß sowohl Franz Joseph als auch Aloisia Reglin Bürger der urnerschen Gemeinde Wasen-Göschenen waren. Ihre Kinder haben daher unter allen Umständen, mag man nun die am 2. November 1805 in Daro abgeschlossene Ehe als gültig oder ungültig betrachten, das urnersche Bürgerrecht durch die Geburt erworben und es ist von Seite des Kantons Uri kein Rechtsgrund angeführt worden, aus welchem sie dasselbe seither verloren hätten. Uebrigens liegt kein Grund vor, die Rechtswirksamkeit der genannten Ehe für den Kanton Uri zu bezweifeln. Dieselbe ist unbestrittenermaßen nach den Gesetzen der Zeit und des Ortes ihres Abschlusses gültig eingegangen worden und es hat die Regierung des Kantons Uri kein im Jahre 1805 bereits bestehendes kantonales Gesetz namhaft zu machen vermocht, wonach dieselbe nichtsdestoweniger im Kanton Uri nicht als rechtswirksam zu betrachten wäre.

3. Damit ist nun allerdings, und insoweit ist der Regierung des Kantons Uri beizutreten, noch nicht entschieden, daß der Kanton Uri verpflichtet sei, die mittelbaren Nachkommen des Franz Joseph und der Aloisia Reglin und die Ehefrauen

derselben zu übernehmen. Vielmehr hängt die Entscheidung hierüber in erster Linie davon ab, ob die Ehen, aus welchen diese weiteren Deszendenten hervorgegangen sind oder welche dieselben eingegangen haben, vom Kanton Uri als rechtswirksam müssen anerkannt werden.

4. In Betreff der am 25. Januar 1870 zu Vira-Gambarogno eingegangenen Ehe des Joseph Reglin (geb. 1818) mit der Gioconda Tappa ist dies schon deshalb zu bejahen, weil diese Ehe zur Zeit des Inkrafttretens der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 noch bestand. Das Bundesgericht hat nämlich bereits wiederholt ausgesprochen, daß dem Grundsatze des Art. 54 der Bundesverfassung rückwirkende Kraft insoweit zukomme, als es sich um Ehen handle, die zwar vor dessen Erlaß abgeschlossen wurden, aber zur Zeit seines Inkrafttretens noch bestanden. Demnach müssen denn, wie insbesondere in der Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Wallis gegen Luzern vom 31. Mai 1884 anerkannt wurde, in einem andern Kantone konkordatswidrig abgeschlossene Ehen im Heimatkantone des Ehemannes als gültig anerkannt werden, sofern sie nur nach den Gesetzen des Eheschließungsortes gültig eingegangen wurden und bei Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 noch bestanden. Daß nun aber die Ehe des Joseph Reglin und der Gioconda Tappa nach tessinischem Gesetze gültig eingegangen wurde ist nicht bestritten und überhaupt nicht zu bezweifeln. Der Kanton Uri ist sonach verpflichtet, auch die Ehefrau des Joseph Reglin, Gioconda geb. Tappa, und deren fünf Kinder zu übernehmen.

5. Was dagegen die am 28. Juli 1842 in Vira-Gambarogno abgeschlossene Ehe des Ignaz Reglin (geb. 1815) mit der Carola Antognini anbelangt (aus welcher die sämmtlichen übrigen, hier in Frage stehenden Mitglieder der Familie Reglin mittelbar oder unmittelbar abstammen), so bestand dieselbe zur Zeit des Inkrafttretens der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 nicht mehr; es ist ferner nicht zu bezweifeln, daß dieselbe konkordatswidrig (ohne Verkündung in der Heimat und ohne Beibringung einer Heirathsbewilligung der heimatlichen Behörde) abgeschlossen wurde. Allein die bundesrechtliche Pra-

zis hat nun konstant festgehalten, daß die staatsrechtliche Gültigkeit einer in einem Kantone der Schweiz oder im Auslande nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossenen Ehe für so lange zu präsumiren sei, bis aus der Gesetzgebung des betreffenden Kantons nachgewiesen werde, daß dieselbe ohne Zustimmung der Landesregierung nicht in gültiger Weise habe eingegangen werden können (vergleiche Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Wallis gegen Bern, Amtliche Sammlung III, S. 363, Erw. 6). Ein solcher Nachweis ist nun von der Regierung des Kantons Uri nicht erbracht worden. Das Ehegesetz vom 29. Oktober resp. 27. Dezember 1856 fällt außer Betracht, da es zur Zeit des Abschlusses der fraglichen Ehe noch gar nicht bestand. Aus den Bestimmungen des Art. 102 u ff. des urnerschen Landbuches dann kann auf die Unwirksamkeit der fraglichen Ehe im Kanton Uri nicht geschlossen werden, da diese Vorschriften sich, jedenfalls zunächst, nur auf Verehelichungen im Kanton beziehen und dieselben in keiner Weise aussprechen, daß eine von einem urnerschen Angehörigen auswärts nach der dortigen Gesetzgebung aber ohne Beachtung der Förmlichkeiten des urnerschen Rechtes abgeschlossene Ehe im Kanton Uri nicht als Ehe anerkannt werde. Das Konkordat vom 4. Juli 1820 sodann spricht allerdings in Art. 7 aus, daß alle Folgen unregelmäßiger Kopulationen und namentlich die Verpflichtung, bei daraus entstehender Heimatlosigkeit den betreffenden Individuen und Familien eine bürgerliche Existenz zu sichern, auf denjenigen Kanton zurückfallen sollen, wo die Ehe eingesegnet wurde. Allein es ist nun eben nicht dargethan, daß die urnersche Gesetzgebung an die konkordatswidrige Kopulation die Folge der Heimatlosigkeit geknüpft habe und es ist im Fernern festzuhalten, daß nach Art. 11 und 12 des Bundesgesetzes betreffend die Heimatlosigkeit für die Einbürgerung das Verhältniß der ehelichen Abstammung von einem Kantonsangehörigen in erster Linie entscheidend sein soll (vergleiche die citirte Entscheidung in Sachen Wallis gegen Bern, Amtliche Sammlung III, S. 364, Erw. 8). Danach sind auch die Ehefrau und die Kinder des Ignaz Reglin dem Kanton Uri zuzutheilen, da die Gültigkeit der Ehe nach Tessiner Recht nicht

beanstandet ist. Die Ehefrauen und die Deszendenz dieser Kinder sodann müssen ohne Weiteres das gleiche Schicksal theilen, da die betreffenden Ehen sämmtlich zur Zeit des Inkrafttretens der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 noch bestanden, ja theilweise erst seither abgeschlossen wurden.

6. Da nun aber, insbesondere was den Stamm des Ignaz Reglin anbelangt, abgesehen von dem Zutheilungsgrunde der ehelichen Abstammung, mehrere Momente, insbesondere die fortdauernde Mißachtung der konkordatsmäßigen Vorschriften über Eheabschluß durch die Tessiner Behörden, für die Einbürgerungspflicht des Kantons Tessin sprächen, so rechtfertigt es sich (wie in dem mehr angeführten Falle des Kantons Wallis gegen den Kanton Bern) dem Kanton Tessin in analoger Anwendung des Art. 13 des Bundesgesetzes betreffend die Heimatlosigkeit einen Beitrag an die Kosten der Einbürgerung der Familie Reglin im Kanton Uri aufzuerlegen. Dieser Beitrag ist, in Würdigung aller Verhältnisse, auf die Summe von 1500 Fr. festzusetzen.

7. Sind somit, unter den in Erwägung 6 enthaltenen Modalitäten, sämmtliche Angehörige der Familie Reglin dem Kanton Uri zuzutheilen, so ist dabei selbstverständlich, daß, sofern einzelne Angehörige dieser Familie (insbesondere die Luisa Reglin, geb. 1811) seither ein auswärtiges Staatsbürgerrecht erworben haben sollten, eine Einbürgerung derselben im Kanton Uri nicht stattfinden braucht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Der Kanton Uri ist, unter dem in Erwägung 7 aufgestellten Vorbehalte, verpflichtet, den sämmtlichen 31 im Rubrum dieses Urtheils namentlich angeführten Personen das Kantons- und ein Gemeindebürgerrecht zu verschaffen.

2. Der Kanton Tessin ist verpflichtet, dem Kanton Uri an die Kosten der Einbürgerung dieser Personen einen Beitrag von 1500 Fr. (eintausend fünfhundert Franken) zu leisten.

II. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

77. Urtheil vom 15. Oktober 1887 in Sachen Ramseier gegen Schweizerische Centralbahngesellschaft.

A. Durch Urtheil vom 10. Juni 1887 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt: „Christian Ramseier ist mit seinem Klagsbegehren abgewiesen."

B. Gegen dieses Urtheil erklärte der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt, es sei die Centralbahngesellschaft zu verurtheilen, dem Christ. Ramseier wegen des demselben am 19. März 1886 auf dem Bahnhofe in Langenthal zugestoßenen Unfalles eine vom Gericht zu bestimmende Entschädigung zu leisten, unter Kostenfolge.

Der Vertreter der Centralbahngesellschaft dagegen trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils an, indem er erklärt, daß die Beklagte dem Kläger, auch für den Fall der Abweisung seiner Klage, die ihm bereits vor der kantonalen Instanz aus freien Stücken angebotene Jahresrente von 200 Fr. zur Verfügung halte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der auf Art. 2 des eidgenössischen Eisenbahnhaftpflichtgesetzes gestützten Klage ist von der Beklagten die Einrede des eigenen Verschulden des Klägers entgegengestellt und es ist diese Einrede von der Vorinstanz gutgeheißen worden. Auf Grund des vom Vorderrichter festgestellten Thatbestandes ist dieser Entscheidung durchaus beizutreten und zwar wesentlich aus den vom Vorderrichter angeführten Gründen. Es mag daher hier

nur noch bemerkt werden: Es ist richtig, daß von Eisenbahnbediensteten, welche ihr Beruf tagtäglich mit dem Eisenbahnbetriebe und dessen Gefahren in Berührung bringt, nicht das gleiche Verhalten gegenüber diesen Gefahren verlangt werden kann, wie von Dritten, dem Eisenbahndienst fremden Personen; es wäre das weder mit den Anforderungen des Dienstes noch überhaupt mit der Natur der Sache vereinbar. Dagegen ist nicht minder richtig, daß das Gesetz die Haftpflicht der Bahnunternehmungen auch ihren Angestellten gegenüber dann schlechthin ausschließt, wenn diese den Unfall selbst verschuldet haben; einen Unterschied zwischen Eisenbahnangestellten und dritten Personen rücksichtlich des Grades der zu prästirenden Sorgfalt macht das Gesetz nicht. Grundsatz ist also einfach, daß von Eisenbahnbediensteten diejenige Sorgfalt zu verlangen ist, welche einem ordentlichen, sorgsamen Eisenbahnbediensteten unter den gegebenen Verhältnissen zugemuthet werden darf. An dieser Sorgfalt nun hat es der Kläger fehlen lassen. Es ist thatsächlich festgestellt, daß er, obschon er wußte, daß demnächst ein Eisenbahnzug von Herzogenbuchsee her einfahren werde, ja gerade um diesen Zug, welcher Werkzeuge für ihn bringen sollte, zu erwarten, sich in die unmittelbare Nähe des Einfahrtsgeleises begab und dort, der Richtung, von welcher her der Zug einfahren mußte, den Rücken zuwendend, in gebückter Stellung eine Schiene eines neuen Geleises, welche sich gesenkt haben sollte, musterte, wobei er dann von dem einfahrenden Zuge erfaßt wurde; es ist ferner festgestellt, daß der Kläger gar keinen dienstlichen Auftrag hatte, die fragliche Schiene überhaupt, noch weniger im fraglichen Momente, zu untersuchen, daß er dies vielmehr nur darum that, weil die Sache ihn interessirte und weil er sonst gerade nichts zu thun hatte. Der Kläger hatte sich also, ohne jede dienstliche Nöthigung, in die unmittelbarste Nähe eines Geleises begeben, von welchem er wußte, daß dasselbe im nächsten Augenblicke von einem Zuge könne befahren werden und hat dabei noch durch die Art und Weise seiner Aufstellung sich die Möglichkeit, den einfahrenden Zug rechtzeitig zu sehen, entzogen. Diese Handlungsweise läßt gewiß dasjenige Maß von Sorgfalt und Vorsicht

vermissen, welches einem ordentlichen Eisenbahnbediensteten zugemuthet werden muß. Bei auch nur einiger Aufmerksamkeit mußte ja der Kläger einsehen, daß er sich, und zwar ohne jegliche dienstliche Nöthigung oder Veranlaßung, dringender Gefahr aussetze. Wenn derselbe geltend macht, daß er die Signale des einfahrenden Zuges zufolge der herrschenden Bise und sonstigen Lärms auf dem Bahnhofe überhört habe, und daß er durch einen zwischen dem Einfahrts- und dem neuen Geleise liegenden Kieshaufen in seiner Bewegungsfreiheit gehemmt gewesen sei, so vermag ihn dies nicht zu entschuldigen. Gerade wenn Lärm auf dem Bahnhofe herrschte und also die Möglichkeit nahe lag, daß er die Signale überhören könnte, mußte der Kläger um so mehr veranlaßt sein, entweder überhaupt nicht in die gefahrdrohende Nähe des Geleises sich zu begeben oder dann jedenfalls durch öfteres Umsehen sich zu vergewissern, daß der erwartete Zug sich noch nicht nähere. Irgendwelches Moment, welches das Außerachtlassen dieser gebotenen Vorsicht entschuldigen könnten, liegt in diesem Falle nicht vor. Die Aufmerksamkeit des Klägers war durch keine dienstliche Verrichtung abgezogen, im Gegentheil stand ihm volle Muße zu Gebote, da er ja augenblicklich gar nicht beschäftigt war und nur aus persönlicher Liebhaberei, um sich die Zeit zu vertreiben, das Geleise musterte.

2. Die Gerichtskosten sind wegen nachgewiesener Armuth des Klägers nachzulassen. Außergerichtliche Kosten sind nicht gefordert.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 10. Juni 1887 sein Bewenden.

78. *Arrêt du 7 Octobre 1887 dans la cause Pouille contre Suisse-Occidentale-Simplon.*

Par arrêt du 27 juin 1887, la Cour de Justice de Genève a prononcé ce qui suit :

La Cour admet à la forme l'appel interjeté par la Compagnie S.-O.-S. du jugement rendu contre elle par le Tribunal civil du 12 Avril 1887, réforme le dit jugement, condamne l'appelante à payer à l'intimé, avec intérêts de droit, la somme de douze mille francs, la condamne à tous les dépens de première instance et d'appel.

La Compagnie S.-O.-S. a recouru au Tribunal fédéral contre cet arrêt et a conclu à ce qu'il lui plaise le casser et adjuger à la recourante les conclusions par elle prises devant la Cour de Justice civile.

Dans sa plaidoirie de ce jour, le conseil de l'intimé a conclu au rejet du recours et au maintien du susdit arrêt.

Statuant en la cause et considérant en fait et en droit :

1° Le 7 Octobre 1886, le sieur Henri Pouille, à Genève, a formé contre la Compagnie S.-O.-S. une demande en paiement de 15 000 fr. à titre d'indemnité pour le préjudice causé par deux accidents qu'il a éprouvés aux yeux dans l'exercice de sa profession de chauffeur de locomotives.

Après enquête et administration de diverses preuves, le Tribunal civil, par jugement du 29 mars 1887, admit en principe que l'action de Pouille était fondée, mais sursit à statuer jusqu'à ce que divers renseignements lui eussent été fournis, notamment concernant l'âge et le gain comme chauffeur du demandeur.

Sur le vu d'une écriture dans laquelle Pouille articulait qu'il était âgé de 31 ans, marié, père de deux enfants, et que son salaire de chauffeur se montait à 170 ou 172 fr. par mois, le Tribunal civil condamna, par jugement en date du 12 Avril suivant, la Compagnie à payer au demandeur, à titre d'indemnité, la somme de 15 000 fr. qu'il avait demandée dans ses conclusions, en motivant cette condamnation sur

ce qu'il résultait de la déposition du docteur Barde que l'intimé avait perdu les deux tiers de sa capacité de travail.

La Compagnie appela de ce jugement à la Cour de Justice, et conclut, comme devant les premiers juges, principalement à ce que l'intimé soit débouté de sa demande, et subsidiairement à ce que l'indemnité allouée soit réduite à 1000 fr.

Statuant, la Cour a prononcé comme il a été dit plus haut par les motifs ci-après :

Il résulte des dépositions de divers témoins qu'en Janvier et en Avril 1886, Pouille s'est plaint d'avoir eu les yeux atteints par des escarbilles de charbons enflammés échappés du foyer de la locomotive. Il résulte des certificats délivrés le 26 Février et le 25 Septembre 1886 par le docteur Barde et confirmés par lui sous la foi du serment, que Pouille a été soigné à l'hôpital Rothschild pour blessures graves aux yeux causées très probablement par des brûlures dans l'exercice de ses fonctions ; la déclaration du docteur confirme pleinement celles du sieur Pouille.

La Compagnie n'a pas établi que l'état maladif de Pouille fût dû, comme elle l'a articulé, à un état physique particulier aggravé par l'abus de la boisson ; au contraire, plusieurs témoins ont affirmé qu'avant les accidents dont il s'est plaint, l'intimé avait une excellente vue. Il est dès lors impossible d'attribuer l'état de cécité partielle dans lequel il se trouve actuellement au dire du docteur Barde et de l'expert docteur Haltenhoff, à une autre cause qu'à certains accidents professionnels dont il a été victime durant son service et desquels la Compagnie est responsable aux termes de l'art. 2 de la loi fédérale du 1er Juillet 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur.

Quant à la question de la quotité de l'indemnité à allouer au sieur Pouille, vu l'art. 5 de la loi précitée et en prenant pour base un salaire mensuel de 170 à 172 fr., les premiers juges l'ont estimé trop haut. Le salaire fixe de Pouille était de 110 fr. seulement ; le supplément de 60 à 62 fr. se compose d'une compensation allouée pour frais de déplacements et d'économies aléatoires sur le coke : on ne peut calculer l'in-

demnité due à Pouille qu'en se basant sur son salaire fixe, en y ajoutant tout au plus 10 à 20 fr. par mois pour les bénéfices qu'il pouvait réaliser sur le charbon.

Il résulte du rapport de l'expert médical que les infirmités contractées par Pouille au service de la Compagnie ne sont pas susceptibles de s'amender et que l'incapacité qui en résulte doit être considérée comme définitive et permanente.

2° Le premier moyen de recours, — consistant à dire que les accidents dont le sieur Pouille a été la victime ne se sont pas produits dans l'exploitation et que dès lors la loi fédérale de 1875 n'est pas applicable, — ne saurait être accueilli en présence des constatations de fait posées par la Cour cantonale, d'où il résulte que le sieur Pouille a souffert à deux reprises d'accidents professionnels, dont il est en droit de demander la réparation aux termes de la loi susvisée.

Conformément à l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, le Tribunal de céans doit baser son jugement sur l'état de fait qui résulte de l'arrêt de la dernière instance cantonale ; il n'a nullement le droit de revoir une appréciation en fait, fondée sur l'audition de nombreux témoins et sur des expertises médicales. La circonstance que Pouille n'a pas fait immédiatement usage des formulaires de la Compagnie pour dénoncer à ses supérieurs du dépôt de Genève les accidents en question, ne suffit évidemment pas, à supposer qu'il faille considérer cette omission comme une irrégularité, pour infirmer les conséquences légales de l'état de fait définitivement établi par la Cour, ni, par conséquent, pour frustrer l'intimé de la réparation pécuniaire à laquelle il a droit.

3° En ce qui concerne la fixation de l'indemnité à allouer au sieur Pouille, il est tout d'abord évident qu'elle ne peut se baser que sur le salaire fixe perçu par l'intimé, auquel il y a lieu d'ajouter au maximum une somme de 10 fr. par mois pour économie de charbon ; l'indemnité de déplacement, équivalent du surcroît de frais imposés à un employé par le fait qu'il doit se nourrir hors de son domicile, ne peut en

effet apparaître comme une partie effective du salaire proprement dit.

En partant de cette base et en prenant en considération que le sieur Pouille, d'après les appréciations médicales, doit avoir perdu les deux tiers de son acuité visuelle et est exposé ainsi à un préjudice pécuniaire annuel, résultant d'incapacité partielle de travail, d'environ 960 fr.; en envisageant toutefois que l'indemnité à lui allouer ne doit pas être représentative du capital nécessaire pour lui assurer cette somme entière à titre de rente viagère, puisqu'il faut tenir compte des éventualités qui menacent tout employé telles que maladies, perte d'emploi ou diminution de salaire dans la vieillesse.

En appréciant équitablement ces diverses circonstances, la situation faite à un employé de la S.-O.-S., au regard des pensions de retraite, ainsi que le fait que le demandeur est appelé à recevoir un capital, et vu enfin les précédents offrant le plus d'analogie avec l'espèce actuelle, le Tribunal fédéral admet que l'indemnité allouée par la Cour de Justice excède les limites légales, et arbitre à la somme de dix mille francs l'indemnité due au sieur Pouille par la Compagnie.

Cette réduction se justifie d'autant mieux qu'il est constaté par des déclarations médicales faisant partie du dossier que Pouille a été atteint de maux d'yeux violents, antérieurement aux accidents à la base de la demande et qu'il n'est pas improbable qu'ils aient eu pour effet d'en empirer les suites.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est partiellement admis, en ce sens que la Compagnie S.-O.-S. est condamnée à payer au sieur Pouille, à titre de dommages-intérêts et avec intérêts de droit, la somme de dix mille francs.

III. Haftpflicht für den Fabrikbetrieb.
Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

79. Urtheil vom 26. November 1887 in Sachen Glanzmann gegen Société anonyme de filatures de Schappe in Kriens.

A. Durch Urtheil vom 6. Oktober 1887 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Die Beklagte sei gehalten, der Klägerin an die geforderten 3500 Fr. die Summe von 2000 Fr. unabzüglich die bereits bezahlten 20 Fr., nebst Verzugszins seit dem 30. Dezember 1886 zu bezahlen; mit der Mehrforderung sei die Klägerin abgewiesen.

2. Die Beklagte habe die ergangenen Prozeßkosten zu bezahlen, mit der Beschränkung jedoch, daß die Klägerin in zweiter Instanz die Hälfte ihrer Advokaturkosten sowie ihre sämmtlichen persönlichen Parteikosten an sich selbst zu tragen habe.

Beklagte habe demnach an die Klägerin eine Kostenvergütung zu leisten von 211 Fr. 5 Cts.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagte und daraufhin auch die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter der Beklagten und ersten Rekurrentin: Die Klagebegehren seien gänzlich abzuweisen, eventuell sei, richterliches Ermessen vorbehalten, die von der Beklagten an die Klägerin zu leistende Entschädigung auf 400 Fr. festzusetzen; immerhin seien der Klägerin sämmtliche Kosten aufzuerlegen.

Der Vertreter der Klägerin und zweiten Rekurrentin dagegen beantragt: Das Bundesgericht möge in Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheils den Rechtsschluß der Klage zu seinem Urtheile erheben, somit erkennen:

1. Beklagte sei gehalten, der Klägerin eine Entschädigung von 3500 Fr. oder abzüglich erhaltener Lohnvorschüsse von 20 Fr. annoch 3480 Fr. nebst Verzugszins seit dem 30. Dezember 1886 zu bezahlen.

2. Beklagte habe sämmtliche Gerichts- und Parteikosten zu bezahlen, eventuell sei das erstinstanzliche Urtheil des Bezirksgerichtes von Kriens und Malters vom 4. Juli 1887 zum bundesgerichtlichen Urtheile zu erheben, somit zu erkennen:

a. Beklagte sei gehalten, der Klägerin an die geforderten 3500 Fr. den Betrag von 2820 Fr. oder abzüglich erhaltener 20 Fr. annoch 2800 Fr. nebst Verzugszins seit dem 30. Dezember 1886 zu bezahlen;

b. Beklagte habe sämmtliche Gerichts- und Prozeßkosten zu bezahlen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die (zur Zeit des Unfalles 51 Jahre alte, unverheirathete) Klägerin war in der mechanischen Floretspinnerei der Beklagten in Kriens als Arbeiterin mit einem Lohn von 14 Cts. per Arbeitsstunde (= 18 Fr. 20 Cts. für zwei Wochen) angestellt. Schon im Jahre 1872 hatte sie in diesem, (damals indeß noch einem andern Eigenthümer gehörigen) Fabriketablissement einen Unfall erlitten, welcher die theilweise Exartikulation der drei letzten Finger der rechten Hand nothwendig gemacht hatte, so daß nur noch Daumen und Zeigfinger vollständig funktionsfähig geblieben waren. Diese Verstümmelung hatte die Klägerin nicht verhindert, ihre frühern Verrichtungen wieder aufzunehmen; ja sie bediente sogar später zwei Maschinen, statt wie früher eine einzige. Am 7. Oktober 1886 erlitt sie einen neuen Unfall. Im Begriffe, die eine Maschine während des Ganges derselben von den Seidenabfällen zu reinigen, gerieth sie mit der rechten Hand zwischen das Leder und die Welle und zog sich dadurch eine Zerreißung der Haut und der sehnigen Gebilde auf der Hohlhandfläche des Zeigfingers zu, was eine heftige Sehnenentzündung zur Folge hatte. In Folge dieser Verletzung ist, nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Steiger, der Klägerin die Benutzung der zwei vordern Fingerglieder (des Zeigefingers) gänzlich und damit bei der schon seit 1872 bestehenden Verstümmelung der Hand das Anfassen von Gegenständen fast gänzlich unmöglich geworden; die in Folge dessen eintretende dauernde Verminderung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin sei eine sehr erhebliche, in Prozenten jedenfalls

auf 50 % zu veranschlagende. Die Konkurrenz der frühern und der spätern Verletzung mache sich sehr geltend. Beständen die drei andern Finger intakt, so könnte durch Exartikulation im ersten Gelenke des Zeigefingers der Hand sozusagen alle Brauchbarkeit wiedergegeben werden. Die Klägerin verlangte unter Berufung auf das eidgenössische Fabrikhaftpflichtgesetz für den durch den Unfall vom 7. Oktober 1886 erlittenen Schaden eine Entschädigung von 3500 Fr. (abzüglich einer Anzahlung von 20 Fr.) Die Beklagte stellte der Klage in erster Linie die Einwendung des eigenen Verschuldens entgegen und trug auf die gänzliche Abweisung derselben an; in zweiter Linie verlangte sie, unter Berufung auf Art. 5, litt. b und c des Fabrikhaftpflichtgesetzes Reduktion der Entschädigung auf 400 Fr.

2. Die Einwendung des eigenen Verschuldens ist unbegründet. Dieselbe ist damit begründet worden, es sei den Arbeitern durch gedruckte Anschläge verboten gewesen, die Maschinen während des Ganges derselben zu putzen. Wenn die Klägerin dies gleichwohl gethan habe, so sei das um so schuldhafter, als sie bereits durch den Unfall von 1872 zur Vorsicht hätte veranlaßt sein sollen und im Uebrigen das Abstellen der Maschine vermöge einer bei derselben sehr zweckentsprechend angebrachten Vorrichtung leicht möglich sei. Die Vorinstanz hat nun aber festgestellt, daß das Verbot, die Maschinen während des Ganges derselben zu putzen, sofern ein solches überhaupt bestanden habe, in dem Etablissement der Beklagten thatsächlich nicht gehandhabt, sondern unter den Augen der Aufsichtsorgane fortwährend übertreten worden sei. War demgemäß das Putzen der Maschine ohne Abstellung des Getriebes im Etablissement der Beklagten faktisch durchaus üblich und von den Aufsichtsorganen stillschweigend gebilligt, so kann der Klägerin daraus, daß sie diese, allgemein nicht als zu gefährlich erachtete, Hantirung ebenfalls vornahm, ein Vorwurf nicht gemacht werden. Der frühere Unfall mußte allerdings für die Klägerin eine Mahnung zur Vorsicht sein, allein er verpflichtete sie doch nicht, solche Manipulationen zu unterlassen, welche thatsächlich, nach der im Etablissement der Beklagten herrschenden Uebung, als mit der dem ordentlichen Arbeiter zuzumuthenden Sorgfalt vereinbar galten;

dies um so weniger, als gar nicht feststeht, daß etwa die Klägerin in Folge des Unfalles von 1872 die zu einer solchen Hantirung erforderliche Geschicklichkeit eingebüßt gehabt hätte oder daß Seitens der Aufsichtsorgane ihr speziell mit Rücksicht auf ihre Verstümmelung die Vornahme dieser Hantirung jemals verwiesen worden wäre.

3. Die Klage ist somit, in Uebereinstimmung mit der Vorinstanz grundsätzlich gut zu heißen und es fällt auch für das quantitative Ausmaß der Entschädigung der Reduktionsgrund des Art. 5, litt. b des eidgenössischen Fabrikgesetzes außer Betracht. Dagegen muß allerdings bei Feststellung der Entschädigung auf Art. 5, litt. c des citirten Gesetzes Rücksicht genommen und aus diesem Grunde, die (der Klägerin sonst gebührende) Entschädigung reduzirt werden. Nach Art. 5, litt. c cit. wird die Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers in billiger Weise reduzirt, wenn des Geschädigten früher erlittene Verletzungen „auf die letzte und deren Folgen Einfluß haben....." Diese Gesetzesbestimmung ist offenbar, wenn auch ihr Wortlaut in dieser Richtung nicht unzweideutig ist, dahin zu verstehen, daß eine Reduktion der Entschädigung Platz zu greifen habe, sowohl wenn frühere Verletzungen des Geschädigten auf die letzte Verletzung selbst, als auch wenn sie auf deren Folgen einwirken; dies ergibt sich aus dem unverkennbaren Zwecke des Gesetzes wie aus den Gesetzesmaterialien (s. Botschaft des Bundesrathes, Bundesblatt 1880, Band VI, Seite 541). Das Gesetz schreibt somit vor, daß, wenn die Folgen eines Unfalles sich deßhalb schwerer gestalten, weil demselben eine frühere Verletzung vorangegangen ist, der Betriebsunternehmer nicht für den ganzen entstandenen Schaden hafte, sondern, mit Rücksicht auf die Konkurrenz des frühern Unfalles, in billigem Maße zu entlasten sei. Der Vorderrichter hat ausgeführt, daß dies der Sinn des Gesetzes nicht sein könne, indem er sich im Wesentlichen auf die vom Bundesgerichte in seiner Entscheidung in Sachen Wyler gegen Sulzer, Erwägung 7 aufgestellten Grundsätze beruft. Dabei ist aber übersehen, daß dieses Urtheil vor dem Erlaße des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 gefällt worden ist; seit dem Erlaße des genannten Gesetzes

können die in fraglichem Urtheile in Erwägung 7 aufgestellten allgemeinen Grundsätze für das Anwendungsgebiet des Fabrikhaftpflichtgesetzes, angesichts der entgegenstehenden positiven Bestimmung des Art. 5, litt. c cit., nicht mehr festgehalten werden. In vorliegendem Falle nun kann keinem Zweifel unterliegen, daß zwar nicht die Verletzung selbst, wohl aber deren Folgen für die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin durch die vorangegangene frühere Verletzung beeinflußt worden sind. Wenn ja der frühere Unfall nicht vorangegangen wäre, so wäre, nach dem Sachverständigengutachten, die Funktionsfähigkeit der rechten Hand und damit die Arbeitsfähigkeit der Klägerin durch den zweiten Unfall bei Weitem nicht in dem Maße beeinträchtigt worden, wie dies nun wirklich geschehen ist.

4. Fragt sich somit, auf welchen Betrag mit Rücksicht auf Art. 5 litt. c leg. cit. die der Klägerin zuzubilligende Entschädigung festzustellen sei, so ist zu bemerken: Der wirkliche Schaden, welcher der Klägerin durch die in Folge des Unfalles eingetretene dauernde Verminderung ihrer Arbeitsfähigkeit um circa 50 % entstanden ist, darf bei dem Alter der Klägerin und dem Jahresverdienste derselben vor dem Unfall (circa 470 Fr.) nach den Grundsätzen der Rentenberechnung auf ungefähr 3000 Fr. angeschlagen werden. Diese Summe könnte freilich, auch wenn Art. 5 litt. c nicht zur Anwendung käme, nicht zugesprochen werden, sondern blos eine solche von 2800 Fr., denn der sechsfache Jahresverdienst der Klägerin vor dem Unfall, über welchen die Entschädigungssumme gemäß Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes auch in den schwersten Fällen nicht hinausgehen darf, betrug blos 2800 Fr. Ein Betrag von annähernd 2800 Fr. müßte indeß der Klägerin, wenn auf den frühern Unfall keine Rücksicht zu nehmen wäre, angesichts der Höhe des erlittenen Schadens, auch wirklich zugesprochen werden. Wenn man nnn angesichts dieses Sachverhaltes die Entschädigung auf die vorinstanzlich gesprochene Summe von 2000 Fr. reduzirt, so ist damit dem Einflusse des ersten Unfalles hinlänglich Rechnung getragen. Erst durch den Unfall vom 7. Oktober 1886 wurde die Arbeitstüchtigkeit der Klägerin wesentlich beeinträchtigt; derselbe machte den Zeigfinger der rechten Hand,

der für die Thätigkeit der Klägerin gewiß die Hauptrolle spielte, funktionsunfähig. Er ist also als der schwerere, rücksichtlich der Folgen belangreichere, der beiden Unfälle zu betrachten und es ist daher der frühere Unfall durch einen Abstrich von circa 800 Fr. hinlänglich berücksichtigt. Es sind somit die Beschwerden beider Parteien zu verwerfen und ist das vorinstanzliche Urtheil in seinem Dispositiv einfach zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das angefochtene Urtheil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 6. Oktober 1887 wird, unter Abweisung der Weiterziehung beider Parteien, in allen Theilen bestätigt.

IV. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

80. Urtheil vom 7. Oktober 1887 in Sachen Dürr gegen Lütolf und Genossen.

A. Durch Urtheil vom 28. Mai 1887 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Gustav Dürr sei als gesetzlicher Erbe des J. J. Dreher anzuerkennen.

2. Die letztwillige Verordnung des J. J. Dreher vom 2. Februar 1885 inklusive jene vom 7. Dezember 1884 sei richterlich beschützt und seien die daherigen Vergabungen nebst Zins seit dem Todestage von Dreher an die Beklagten auszuhändigen, mit seinem Gesuche um Reduktion der Vergabungen sei der Kläger abgewiesen.

3. Die ergangenen Prozeßkosten seien sammthaft aus der Erbsmasse zu bezahlen.

4. u. 5. ꝛc.

B. Gegen dieses Urtheil erklärte der Kläger G. Dürr die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt:

1. Das Urtheil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 28. Mai 1887 sei aufzuheben und die Sache zu neuerlicher Beurtheilung an das Obergericht des Kantons Luzern zurückzuweisen.

2. Die Beklagten tragen die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens und haben dem Kläger eine Kostenvergütung von 150 Franken zu leisten.

Dagegen beantragt der Vertreter der Beklagten:

1. Das Bundesgericht wolle die Kompetenz für die Beurtheilung dieser Civilstreitsache ablehnen, eventuell der Gerichtshof wolle das Urtheil des Obergerichtes des Kantons Luzern bestätigen.

2. Die Kosten des Verfahrens in der dritten Instanz seien sammt und sonders dem Kläger zu überbinden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. J. J. Dreher, gebürtig aus Gönningen, Königreichs Würtemberg, seit 1848 im Kanton Luzern wohnhaft, verstarb am 2. Februar 1885 in Nebikon (Kantons Luzern); derselbe hinterließ eine letzte Willensverordnung, wodurch er den Beklagten (zumeist luzernischen gemeinnützigen Anstalten) erhebliche, sein Vermögen erschöpfende, Legate zuwendete. Der Kläger (Neffe des Erblassers) verlangte gerichtlich Reduktion der Legate auf die Hälfte, da nach luzernischem Erbrechte der Erblasser nur über die Hälfte seines Vermögens habe verfügen können. Er wurde indeß von den kantonalen Gerichten erst- und oberinstanzlich abgewiesen, vom Obergerichte durch das Fakt. A erwähnte Urtheil und mit folgender Begründung: Nach Art. 10 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1881 richte sich die persönliche Handlungsfähigkeit der Ausländer nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören. Allerdings finde die Testirbefugniß nach der hier in Frage stehenden Richtung ihr Correlat in dem Pflichttheilsrechte der Intestaterben, also in einem selbständigen, gesetzlich begründeten Rechte von Dritten. Allein in erster Linie handle es sich doch um die persönliche Befugniß des Betreffenden, über sein Vermögen (auf den Fall des Todes) zu disponiren und in diesem Sinne also auch um seine Handlungsfähigkeit. Die Bestimmung des Art. 10 cit.

über die Anwendbarkeit des fremden Rechtes habe daher unzweifelhaft auch rücksichtlich der Testirbefugniß von Ausländern Geltung. Während das luzernische bürgerliche Gesetzbuch in § 6 das Gleiche besage, enthalte § 25 desselben noch die besondere Bestimmung, daß ein von einem Fremden im Kanton unternommenes Geschäft, wodurch er Andern Rechte einräumt, ohne dieselben sich gegenseitig zu verpflichten, entweder nach diesem Gesetze (bürgerliches Gesetzbuch) oder nach dem Gesetze seiner Heimat zu beurtheilen sei, je nachdem das eine oder andere die Gültigkeit des Geschäftes am meisten begünstige. Insoweit diese Bestimmung die persönliche Handlungsfähigkeit nicht etwa einschränke sondern begünstige, behalte dieselbe trotz des diese Materie nunmehr regelnden Bundesgesetzes zweifelsohne fortdauernde Geltung. Da also für die Testirbefugniß des J. J. Dreher nicht luzernisches sondern würtembergisches Recht maßgebend sei, so müsse die Klage abgewiesen werden. Denn es sei nicht nachgewiesen, daß nach würtembergischem Rechte eine Pflichttheilsverletzung vorliege.

2. Die Beschwerde stützt sich darauf, das angefochtene Urtheil beruhe auf einer unrichtigen Auffassung des Begriffes der persönlichen Handlungsfähigkeit, wie derselbe durch das Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 festgestellt sei. Es sei also dieses Bundesgesetz, insbesondere Art. 10 desselben, verletzt. Die vom Obergerichte neben der erwähnten bundesgesetzlichen Bestimmung noch angeführten kantonalen Gesetzesvorschriften (Art. 6 und 25 des luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches) beziehen sich, nach der Annahme des Obergerichtes, ebenfalls auf die persönliche Handlungsfähigkeit; sei diese Annahme, die vom Bundesgerichte nicht nachzuprüfen sei, richtig, so seien die fraglichen Gesetzesbestimmungen durch das Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 aufgehoben; dieses normire, soweit es nicht selbst das kantonale Recht in einzelnen Punkten vorbehalte, die persönliche Handlungsfähigkeit abschließend und könne durch die kantonale Gesetzgebung in keiner Weise, weder im Sinne der Erweiterung noch in demjenigen der Einschränkung der Handlungsfähigkeit, modifizirt werden. Die Entscheidung, daß für die Dispositionsbefugniß des Erblassers würtembergisches, nicht luzernisches

Recht maßgebend sei, beruhe somit auf falscher Anwendung eidgenössischen Rechts. Es sei daher das kantonale Urtheil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurtheilung an das Obergericht zurückzuweisen. Denn zu Beurtheilung der Hauptsache selbst, des zwischen den Parteien waltenden Erbrechtsstreites, sei das Bundesgericht allerdings nicht kompetent; der Rekurrent könne also nur auf Aufhebung nicht auf Abänderung des obergerichtlichen Urtheils antragen.

3. Das Bundesgericht als Oberinstanz in Civilsachen ist, wie bereits in wiederholten Entscheidungen ausgesprochen wurde (vergleiche insbesondere Entscheidung in Sachen Trafford gegen Blanc, Erw. 3, Amtliche Sammlung VIII, S. 318 u. ff.), nicht nur dann kompetent, wenn über den Klageanspruch selbst nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden ist, sondern auch dann, wenn blos einzelne, der Endentscheidung präjudizielle, Rechtsfragen nach eidgenössischem Rechte sich beurtheilen; es beschränkt sich dann freilich seine Kompetenz auf denjenigen Theil des Rechtsstreites, welcher nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden ist, während im Uebrigen, soweit die Anwendung des kantonalen Rechts in Frage steht, die Entscheidung der kantonalen Gerichte aufrechterhalten oder vorbehalten bleiben muß. Im vorliegenden Falle nun ist nach eidgenössischem Rechte die Frage zu beurtheilen, ob die Regel des Art. 10 Absatz 2 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit auch auf die Ausdehnung der Verfügungsbefugniß von Todeswegen sich beziehe oder ob nicht vielmehr die dies bejahende Entscheidung der Vorinstanz auf unrichtiger Auffassung und Anwendung des bundesrechtlichen Begriffes der persönlichen Handlungsfähigkeit beruhe. Insoweit ist also das Bundesgericht kompetent.

4. Das Gesetz vom 22. Juni 1881 normirt, wie aus seinem ganzen Inhalt aufs klarste hervorgeht, lediglich die persönliche Handlungsfähigkeit im strengen Sinne des Wortes, das heißt die durch persönliche Momente bedingte privatrechtliche Selbständigkeit der Person. Dagegen enthält es darüber, wie weit die Befugniß privatrechtlich selbständiger Personen zu autonomischer Ordnung ihrer Angelegenheiten reiche oder aber durch

zwingende gesetzliche Vorschriften eingeschränkt sei, keine Bestimmungen. Hiebei handelt es sich ja durchaus nicht um die persönliche Handlungsfähigkeit, sondern vielmehr darum, ob bestimmte Rechtsgeschäfte ihrem Inhalte nach zuläßig und gültig seien oder nicht. In casu nun war nicht die Handlungs- (Testir-) fähigkeit des Erblassers, sondern lediglich die inhaltliche Gültigkeit der letztwilligen Verordnung bestritten; nicht darum, ob der Erblasser mit Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften zu Errichtung eines Testamentes fähig gewesen sondern darum, ob die von ihm getroffene letztwillige Verfügung materiell gültig oder aber wegen Verletzung von Pflichttheilsrechten anfechtbar sei, drehte sich der Rechtsstreit. Die Vorinstanz hat also, wenn sie ihre Entscheidung, es komme hier würtembergisches Recht zur Anwendung, auf Art. 10 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1881 stützt, den bundesrechtlichen Begriff der persönlichen Handlungsfähigkeit verkannt und das citirte Bundesgesetz durch unrichtige Anwendung auf einen Thatbestand, auf welchen dasselbe nicht angewendet sein will, verletzt.

5. Allein nichtsdestoweniger kann eine Aufhebung der vorderrichterlichen Entscheidung nicht erfolgen. Denn dieselbe gründet sich nicht einzig auf Art. 10 Absatz 2 cit. sondern daneben, als auf einen selbständigen, die Entscheidung für sich allein stützenden, Entscheidungsgrund, auch auf Bestimmungen des kantonalen Rechts (die §§ 6 und insbesondere 25 des luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches). Die Nachprüfung der richtigen Anwendung dieser Vorschriften aber steht dem Bundesgerichte nicht zu; vielmehr muß in dieser Richtung die Entscheidung der kantonalen Instanz ohne weiteres aufrechterhalten und somit die Beschwerde gänzlich abgewiesen werden. Die Ausführung des Rekurrenten, die citirten Gesetzesbestimmungen seien, weil nach der kantonalen Entscheidung ebenfalls auf die persönliche Handlungsfähigkeit sich beziehend, durch das Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 aufgehoben worden, trifft nicht zu. Die Rechtssätze, welche die Vorinstanz aus den citirten Bestimmungen des luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches in Bezug auf die bei Anwendbarkeit des heimatlichen Rechts für die Beurtheilung der Gültigkeit von Testamenten Fremder ableitet, stehen mit dem Bundesge-

setze nicht im Widerspruche, denn sie beziehen sich ja auf einen Gegenstand, den das Bundesgesetz gar nicht normirt. Daß die Vorinstanz irrthümlicherweise den Ausdruck „Handlungsfähigkeit" gebraucht, ist gleichgültig; es zeigt dies blos, daß die Vorinstanz unter „Handlungsfähigkeit" etwas anderes versteht, als das Bundesgesetz.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 28. Mai 1887 sein Bewenden.

---

81. Urtheil vom 21. Oktober 1887 in Sachen Gujer gegen Schuler.

A. Durch Urtheil vom 28. Juni 1887 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1 Die Klage wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr wird auf 200 Fr. angesetzt.

3. Der Kläger trägt die Kosten beider Instanzen.

4. Dem Beklagten wird weder für die erste noch für die zweite Instanz eine Entschädigung gesprochen.

B. Gegen diese Entscheidung ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei das obergerichtliche Urtheil aufzuheben und hierauf der Streitfall im Sinne seines Klagepetitums zu entscheiden, eventuell an das Obergericht zu nochmaliger Behandlung ohne Anwendung von Art. 69 Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechtes zurückzuweisen.

Dagegen beantragt der Anwalt des Beklagten:

1. Es sei das Begehren um Abänderung des obergerichtlichen Urtheils zu verwerfen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, eventuell

2. Die Sache sei zu erneuter Beurtheilung an die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich zurückzuweisen, weiter eventuell

3. Die klägerische Forderung sei des gänzlichen abzuweisen, und ganz eventuell

4. Dieselbe sei auf 7630 Fr. zu reduziren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1 In thatsächlicher Beziehung ist folgendes hervorzuheben: Der Kläger J. R. Gujer stand seit Oktober 1880 mit der mechanischen Zwirnerei C. Ackermann und Cie. in Heilbronn in Geschäftsverbindung. Am 14. Februar 1882 fiel die Firma C. Ackermann und Cie. in Konkurs und der Kläger, welcher für Lieferungen von Baumwollgarnen aus der Zeit von August 1881 bis Januar 1882 ein ungedecktes Guthaben von 45,061 Fr. 05 Cts. an dieselbe besaß, gerieth mit 46 $^1/_2$ % = 20,602 Fr. 45 Cts. zu Verlust. Derselbe macht den Beklagten Schuler-Schmid, Inhaber einer Baumwollspinnerei in Wetzikon, für diesen Verlust verantwortlich und zwar wesentlich gestützt auf folgende Thatsachen: F. Schuler-Schmid besaß am 31. Oktober 1879 an Ackermann und Cie. aus einem seit Februar 1878 dauernden Geschäftsverkehr ein Guthaben von 78,769 Fr., welches durch Hingabe und Einlösung von Wechselaccepten getilgt werden sollte. Vom Oktober 1879 an geriethen die Zahlungen der Firma Ackermann und Cie. ins Stocken; dieselbe sah sich genöthigt, bei Schuler um „Prolongation" ausgestellter Accepte und Stundung seiner Forderungen nachzusuchen, was von diesem auch verschiedentlich bewilligt wurde. Schuler stellte aber daraufhin vom Dezember 1879 an seine Garnlieferungen an Ackermann und Cie. ein und begann auf Sicherstellung seiner Forderung zu dringen. Er erlangte eine solche in der Zeit vom März 1880 bis Januar 1881 theils dadurch, daß ihm ein Waarenlager in Mannheim (im Werthe von 10,000 Mark) verpfändet wurde, theils durch Einräumung einer Hypothek auf einen von Ackermann und Cie. errichteten Neubau (für 40,000 Mark), theils durch sogenannte „Cessionen" von Guthaben des Schuldners (von welchen indeß nur im Nothfalle Gebrauch gemacht werden

sollte). Im März 1881 kam zwischen Ackermann, welcher den in dem verpfändeten Waarenlager in Mannheim liegenden Zwirn zu veräußern wünschte, und Schuler eine Einigung dahin zu Stande, daß an Stelle von Zwirn Rohgarne gelegt werden sollten. Diese Auswechslung geschah auch wirklich in der Zeit von April bis Ende Juni 1881 und es wurde hiebei ein Theil der verpfändeten Waaren nach Lindau verlegt. Im Juli 1881 verlangte Schuler von Ackermann kategorisch eine Abschlagszahlung von 10,000 Mark und zwar mit der Drohung, er werde andernfalls die „cedirten" Guthaben einziehen. Um diesen für seinen Kredit ruinösen Schritt zu verhindern, räumte Ackermann dem Schuler das Recht ein, das Mannheim-Lindauer Pfandlager zu realisiren, und versprach ferner, auf September und Dezember ihm für je weitere 5000 Mark Garne als Faustpfand zu liefern, mit dem Rechte, dieselben sofort zu verkaufen und sich aus dem Erlös für denjenigen Theil seiner Forderung bezahlt zu machen, welcher durch die Guthabenabtretungen gedeckt war. Diese Vereinbarung wurde ausgeführt, und zwar verschaffte sich Ackermann die dem Schuler zu Veräußerung auf Rechnung seines Guthabens zu liefernden Garne dadurch, daß er bei dem Kläger Gujer, mit welchem er, wie bemerkt, seit Oktober 1880 in Geschäftsverkehr stand, Bestellungen über seinen Fabrikationsbedarf hinaus machte. Diese Bestellungen geschahen auf Grund genauer Anleitung seitens des Schuler, welcher dann seinerseits Garne, wie sie von Ackermann bei Gujer bestellt wurden, dem Kläger Gujer zum Kaufe anerbot. Infolge dessen bezog Gujer die fraglichen ihm von Ackermann bestellten Garne (gegen Baarzahlung) von Schuler, veräußerte sie (auf Kredit) an Ackermann und letzterer stellte sie sofort (auf der Station Rorschach, wohin sie von Gujer geliefert worden waren) dem Schuler wieder zur Verfügung, welcher sie dann ein zweites Mal, nunmehr auf Rechnung der Schuld des Ackermann, veräußerte. Es gelangten auf diese Weise Waaren im Fakturawerthe von insgesammt 16,983 Fr. an den Beklagten Schuler. Dabei waren von Ackermann und Schuler Maßregeln getroffen worden, damit dieser Verkehr geheim bleibe. Durch diese Manipulationen

wurde das Guthaben des Schuler an Ackermann, soweit es nicht durch Hypothek gedeckt war, in der Weise herabgemindert, daß Schuler im Konkurse des Ackermann nur noch mit einer laufenden Forderung von 28 Mark 56 Pfennig konkurrirte. Seinen Anspruch, es habe ihm Schuler den im Konkurse des Ackermann erlittenen Verlust zu ersetzen, machte Kläger zuerst am 12. Dezember 1883 beim Friedensrichteramte Wetzikon geltend, und am 10./11. Juli 1884 reichte er seine Klage mit friedensrichterlicher Weisung vom 27. Dezember 1883 beim Handelsgerichte des Kantons Zürich ein. Dieses Gericht wies aber durch Beschluß vom 22. August 1884 die Klage wegen Inkompetenz von der Hand und eine gegen diesen Entscheid gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgerichte durch Beschluß vom 17. Dezember 1884 abgewiesen. Erst am 15. April 1886 machte Kläger seinen Anspruch von Neuem bei den gewöhnlichen Gerichten geltend. In rechtlicher Beziehung wurde die Haftbarkeit des Beklagten auf folgende Gesichtspunkte begründet: In erster Linie hafte Beklagter aus strafbaren Handlungen (§ 1827 und ff. des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzes). Als strafbare Handlung, welcher sich Beklagter schuldig gemacht habe, wurde zunächst Betrug bezeichnet. Der Beklagte habe die wahren Thatsachen, daß Ackermann insolvent und von ihm aufs höchste bedrängt sei, sowie daß die vom Kläger gelieferten Waaren nicht in Ackermanns Fabrik oder Lager gebracht, sondern schon auf der Reise angehalten und dem Beklagten behufs seiner Deckung überlassen werden sollen, wissentlich unterdrückt; dadurch habe er den Kläger in den Irrthum versetzt, Ackermann sei solvent und die demselben gelieferten Waaren haben als Rohstoff für dessen Fabrikation zu dienen und sollen von ihm verarbeitet und nutzbringend gemacht werden, welche Annahme den Kläger veranlaßt habe, dem Ackermann zu kreditiren. Durch dieses wissentliche Unterdrücken wahrer Thatsachen habe Beklagter, in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, das Vermögen Gujers in dem eingeklagten Betrage geschädigt. Allerdings sei Schuler mit seiner dolosen Handlung nicht direkt gegenüber dem Kläger aufgetreten, sondern die den letztern schädigenden

Handlungen seien von Ackermann vorgenommen worden. Allein daraus folge nur, daß Schuler nicht als physischer Thäter verantwortlich sei, wohl aber sei er dies als Anstifter. Als weitere strafbare Handlung wurde betrügerischer Bankerott beziehungsweise Anstiftung zu solchem gemäß § 211 der Konkursordnung für das deutsche Reich geltend gemacht. In zweiter Linie wurde die Klage (als actio doli) auf § 1832 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzes gestützt, weil Schuler mit dem Bewußtsein, daß der Kläger dadurch geschädigt werde, die nöthigen Vorkehrungen getroffen habe, damit Gujer sich des Eigenthums an gewissen Waaren gegen Erwerb laufender Forderungen auf einen insolventen Schuldner entäußere, alles zu dem Zwecke, sich selbst aus dem übertragenen Eigenthum bezahlt zu machen. Endlich wurde geltend gemacht, die Rechtsgeschäfte, durch welche Ackermann dem Schuler für seine Forderung Deckung verschaft habe (Einräumung von Faustpfändern Bestellung einer Hypothek, u. s. w.) seien, weil in der dem Schuler bekannten Absicht, die Gläubiger des Ackermann zu benachtheiligen, abgeschlossen, nach dem deutschen Reichsgesetze betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 anfechtbar; der Beklagte sei verpflichtet, von demjenigen, was er zufolge jener Rechtsgeschäfte aus dem Vermögen des Ackermann empfangen habe, soviel an den Kläger (als zu Verlust gekommenen Gläubiger des letztern) herauszugeben, als zu dessen Befriedigung erforderlich sei. Die erste Instanz (Bezirksgericht Hinweil) hat die Klage gutgeheißen, die zweite Instanz dagegen dieselbe durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil abgewiesen, nachdem der Vertreter des Beklagten erst in zweiter Instanz der Klage, soweit der Klageanspruch aus unerlaubter Handlung abgeleitet werde, gestützt auf Art. 69 des Obligationenrechtes die Einrede der Verjährung entgegengestellt hatte. Die zweitinstanzliche Entscheidung führt aus: Soweit eine Klage aus civilrechtlich unerlaubter Handlung in Frage stehe, sei dieselbe, wie des nähern ausgeführt wird, nach Art. 69 Absatz 1 des Obligationenrechtes verjährt. Dagegen sei die Einrede der Verjährung insoweit offenbar nicht begründet, als

der Anspruch aus strafbarer Handlung des Beklagten hergeleitet werde. Allein der strafrechtliche Thatbestand des Betruges oder betrügerischen Bankerottes liege, wie eingehend ausgeführt wird, nicht vor; es könne also die Haftpflicht des Beklagten auch nicht aus dem Gesichtspunkte einer strafbaren Handlung abgeleitet werden. Ebensowenig sei der Anfechtungsanspruch wegen widerrechtlicher Verkürzung der Gläubiger begründet. Soweit es sich um die im August beziehungsweise September und Dezember 1881 dem Beklagten durch Ackermann zahlungshalber gemachten Garnlieferungen handle, sei unzweifelhaft zürcherisches (nicht deutsches) Recht anwendbar. Nach zürcherischem Rechte sei aber nicht nur die Zahlung einer fälligen Schuld, sondern auch jede andere Befriedigung oder Sicherung eines Gläubigers für eine solche, selbst wenn Angesichts des bevorstehenden Konkurses geschehen, zulässig und unanfechtbar. Was die übrigen Deckungsgeschäfte (Bestellung von Faustpfändern und Einräumung einer Hypothek) anbelange, so könne dahingestellt bleiben, ob die Anfechtbarkeit nach deutschem oder nach zürcherischem Rechte zu beurtheilen sei. Denn auch bei Zugrundelegung des deutschen Rechts sei hier der Anfechtungsanspruch unbegründet, da bei Vornahme dieser Rechtshandlungen dem Ackermann die Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, entschieden gefehlt habe.

2. Die Thatsachen, aus welchen der Kläger seinen Ersatzanspruch gegenüber dem Beklagten ableitet, haben sich sämmtlich vor dem 1. Januar 1883 ereignet. Gemäß Art. 882 des Obligationenrechtes sind deren rechtliche Wirkungen nach dem zur Zeit ihres Eintretens geltenden kantonalen und nicht nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen; nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte ist also zu entscheiden, ob diese Thatsachen einen Ersatzanspruch des Klägers ursprünglich begründeten. Demnach ist gemäß Art. 29 des O.-G. das Bundesgericht zu Beurtheilung dieser Frage nicht kompetent. Das Bundesgericht hat also nicht zu untersuchen, ob und inwieweit ein Anspruch des Klägers, sei es aus strafbarem Handeln des Beklagten, sei es aus civirechtlichem Dolus desselben oder wegen widerrechtlicher Verkürzung der Gläubigerrechte ursprünglich be-

gründet war. Dies wird denn auch von der Klagepartei prinzipiell anerkannt.

3. Dagegen hat der Kläger im heutigen Vortrage geltend gemacht, die vom Beklagten aufgeworfene Einrede der Verjährung sei nach eidgenössischem Rechte (Art. 69 O.-R.) zu beurtheilen und es sei dieselbe vom Vorderrichter zu Unrecht gutgeheißen worden. Zuzugeben sei zwar, daß die Klage verjährt wäre, wenn die einjährige Verjährungsfrist des Art. 69 Absatz 1 des Obligationenrechtes zur Anwendung käme. Allein dies sei eben nicht der Fall. Die Handlungsweise des Beklagten sei eine strafbare; insbesondere falle demselben strafbarer Betrug resp. Anstiftung zu solchem zur Last. Daher finde nicht die Verjährungsfrist des Art. 69 Absatz 1 des Obligationenrechtes sondern gemäß Absatz 2 ibidem die längere Verjährungsfrist des kantonalen Strafrechtes Anwendung und letztere sei ohne Zweifel noch nicht abgelaufen. Ob die Voraussetzungen der Verjährung vorliegen, habe das Bundesgericht frei zu prüfen. Gelange das Bundesgericht, weil eben Absatz 2 und nicht Absatz 1 des Art. 69 des Obligationenrechtes zur Anwendung komme, zu Verwerfung der Verjährungseinrede, so könne es, auf Grund der vorderrichterlichen Entscheidung, die Klage ohne Weiters von sich aus gutheißen; eventuell wäre die Sache zu neuer Beurtheilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Richtig ist nun, daß für die Frage, ob der Schadenersatzanspruch des Klägers durch Verjährung untergegangen sei, gemäß Art. 882 Absatz 2 und 883 des Obligationenrechtes grundsätzlich eidgenössisches Recht maßgebend ist und das Bundesgericht also insoweit kompetent wäre. Allein der Kläger hat nun heute (und zwar gewiß mit Recht) selbst zugegeben, daß seine Klage, wenn sie blos auf civilrechtlichen Dolus des Beklagten gestützt werden könnte, verjährt sei, und hat seine Beschwerde einzig darauf begründet, daß der Vorderrichter zu Unrecht den strafrechtlichen Charakter des Handelns des Beklagten verneint habe. In dieser Richtung aber entzieht sich die vorderrichterliche Entscheidung der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Der Vorderrichter hat nicht etwa entschieden, der Ersatzanspruch des Klägers aus strafbarer Handlung sei durch

Verjährung untergegangen, sondern ein derartiger Anspruch sei überhaupt gar nicht zur Entstehung gelangt. Die Klage war in dieser Richtung auf § 1827 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches begründet worden; dieser bestimmt, daß wer durch eine strafbare Handlung einem andern irgendwelchen Schaden zufügt, denselben in vollem Maße zu ersetzen habe, schreibt also vor, daß an jeden strafrechtlichen Deliktsthatbestand zugleich die civilrechtliche Folge der Entschädigungspflicht des Thäters sich knüpfe, mit anderen Worten, daß jeder Thatbestand, welcher einen Strafanspruch gegenüber dem Thäter begründet, zugleich auch einen Civilanspruch auf Schadenersatz gegen denselben erzeuge, also auch in civilrechtlicher Beziehung rechtsbegründender Thatbestand sei. Die vom Vorderrichter zu entscheidende und von ihm auch wirklich entschiedene Frage war also einfach die ob das Thun des Beklagten den Thatbestand des § 1827 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches beziehungsweise einen der durch dieses Gesetz zu auch civilrechtlich rechtsbegründenden Thatbeständen erklärten Deliktsthatbestände erfülle, also eine Frage, welche ausschließlich nach dem, ja zur Zeit der angeblich rechtsbegründenden Thatsachen einzig geltenden, kantonalen Rechte zu beantworten war. Das Bundesgericht ist somit, gemäß dem in Erwägung 2 Ausgeführten, nicht kompetent und es muß daher bei dem angefochtenen Urtheile einfach sein Bewenden haben.

5. Da die Klagepartei mit ihrer Beschwerde unterliegt, so müssen derselben die Kosten der bundesgerichtlichen Instanz auferlegt werden, obschon nicht zu verkennen ist, daß das Verhalten des Beklagten ehrlicher Verkehrssitte jedenfalls nicht entsprach.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Weiterziehung des Klägers wird nicht eingetreten und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 28. Juni 1887 sein Bewenden.

82. *Arrêt du 16 Décembre 1887 dans la cause Biadi contre Burat.*

Par déclaration de recours du 14 Novembre 1887, confirmée à l'audience de ce jour, Ch. Biadi, banquier à Fribourg, a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral déclarer fondée la conclusion libératoire, ainsi que la demande reconventionnelle par lui formulées devant la Cour d'Appel de Fribourg et plus bas reproduites dans le litige qui le divise d'avec A. Burat, agent de change à Paris.

Le sieur Burat a conclu au maintien de l'arrêt dont est recours.

Considérant en fait :

1° Charles Biadi, banquier à Fribourg, s'occupe du placement, de l'achat et de la vente de fonds publics, et se trouvait en relation d'affaires avec Charles Roch, à Genève.

Par lettre du 19 Octobre 1886, Roch accusait réception à Biadi d'un ordre d'achat d'un certain nombre d'actions de la Banque de Paris et ajoutait : « J'ai eu de nombreux or- » dres d'achat en actions des chemins de fer andalous, dont » la position est bien améliorée; un syndicat intelligent et » puissant s'est formé pour pousser la valeur et l'on croit à » une centaine de francs de hausse sur les cours actuels. »

Par télégramme du même jour, Biadi donne à Roch l'ordre suivant : « Achetez 25 Andalous. » Biadi prétend s'être engagé dans cette spéculation sur la foi de ce renseignement, avec d'autant plus de confiance que le fils du sieur Roch occupe un poste assez élevé à la Banque de Paris, succursale de Genève.

Le dit jour, Roch télégraphie à l'agent de change A. Burat, à Paris, ce qui suit : « Achetez vingt-cinq Andalous. Biadi. » Il ressort du dossier qu'à ce moment Biadi et Burat étaient déjà en relations d'affaires depuis 1885.

Par lettre datée du même jour 19 Octobre, Burat informe Biadi qu'il a, pour son compte, acheté en bourse 25 Andalous à 472 fr. 50 c. fin courant, et qu'il conservait son ordre d'achat de 100 actions de la Banque de Paris à 730 fr.

Le même jour, Biadi dispose sur Burat de 1500 fr. en faveur de la Banque cantonale fribourgeoise, et le lendemain, Burat avise Biadi qu'il ferait honneur à cette disposition, et qu'il conserve toujours son ordre d'achat en actions de la Banque de Paris à 730.

Le 30 Octobre, Biadi accuse réception à Burat de ses lettres des 19 et 20, l'informe en même temps qu'il reconnaît juste son compte de liquidation du 15 Octobre et le prie de reporter les 25 actions des chemins andalous ; en même temps, Biadi annonce qu'il élève la limite d'achat de 100 Banques de Paris à 735 fr. au comptant ou à terme.

Par lettre du 3 Novembre, Burat avise Biadi qu'il a, selon son désir, fait reporter les 25 andalous à 455 fr. et à 455 fr. 75.

Par lettre du 4 dit, Burat adresse à Biadi son compte de liquidation du 31 Octobre, soldant par 450 fr. au crédit de ce dernier ; le 13 Novembre, en informant Burat du bien-trouvé de son compte, Biadi renouvelle sa demande de report des 25 Andalous.

Par lettre du 16 Novembre, Burat informe Biadi qu'ensuite de sa dernière lettre, il a fait reporter 25 Andalous à 460 et 460. 75.

Le 18 dit, Burat transmet à Biadi son compte de liquidation du 15 ; par lettre du 27 Novembre, ce dernier avise Burat de la reconnaissance du dit compte et le prie de vendre 25 Andalous à 475, sinon de les reporter.

Le 30 Novembre, Biadi donne commission à Burat d'acheter 25 actions des chemins de fer andalous ; par lettre du 1er Décembre, Burat avise Biadi de l'exécution de cet ordre à 455 fr., en l'informant qu'il ferait reporter les 25 Andalous portés dans les comptes précédents. Ce report eut lieu à 455 et 456, selon lettre du 2 Décembre.

Le 3 Décembre, Burat fait parvenir à Biadi son compte de liquidation du 30 Novembre soldant par 156 fr. 25 c. au débit de ce dernier : le 10 Décembre, Biadi avise Burat que son compte était reconnu juste et lui donne ordre de liquider les 50 Andalous à 465, sauf mieux, jusqu'à révocation.

Le 14 Décembre, Burat envoie à Biadi son compte courant soldant, au 10 dit, par 466 fr. 20 c. au débit de ce dernier; par lettre du même jour, Biadi écrit à Burat que dans le cas où il n'aurait pas liquidé les 50 Andalous à 465 il devait les reporter à fin courant; le 16 Décembre Biadi recevait l'avis que les 50 Andalous non vendus étaient reportés.

Le 17 Décembre, Burat remet à Biadi son compte de liquidation du 15 dit, soldant par 1175 fr. au débit de ce dernier.

Le 18 Décembre, Biadi télégraphie à Burat de vendre 25 actions de la Banque de Paris, et le même jour, Burat informe Biadi que son ordre avait été exécuté à 780.

Par lettre du 21 Décembre, Biadi informe Burat de la reconnaissance du solde de son compte et lui annonce que les 25 Banques de Paris vendues seront livrées en liquidation.

Le 29 Décembre, Biadi fait connaître à Burat que les 25 Banques de Paris lui seront transmises par la Banque populaire suisse à Fribourg et le prie de tenir à disposition de dite banque le montant de 18 000 fr.; en même temps, Biadi demande de reporter les 50 actions chemins andalous.

Le 31 dit, Burat avise Biadi de la réception des 25 Banques de Paris et qu'il paiera les 18 000 fr. sans autre avis; le 4 Janvier, Burat avise Biadi qu'il a payé cette somme pour lui être agréable, n'étant exigible qu'en liquidation, c'est-à-dire le 7 Janvier.

Le 7 Janvier, Biadi écrit à Burat: « Comme votre repré-
» sentant à Genève a insisté à plusieurs reprises pour faire
» le premier achat des chemins andalous, je vous saurais
» gré d'être renseigné le plus exactement possible sur la
» situation de cette Compagnie et les causes de ce recul
» sans fin. »

Par lettre du 17 Janvier, Burat avise Biadi qu'il a fait reporter les 50 Andalous à 390 et 391, et l'informe qu'il est sans renseignements précis sur cette valeur, que l'on cherchait à vendre, et qui, peu demandée, était faible comme

tous les chemins espagnols, ensuite des diminutions de recettes.

Le 18 Janvier, Biadi reçoit son compte de liquidation du 15 dit, soldant par 1350 fr. à son débit.

En date du 26 Janvier, Biadi écrit à Burat qu'il ressortait de la correspondance avec Roch concernant les actions des chemins de fer andalous qu'il avait été dès le début vulgairement trompé, qu'il refusait et considérait comme nulle et non avenue l'opération des 50 actions des dits chemins de fer, opération faite à l'instigation de son représentant.

Cette lettre paraît s'être croisée avec une lettre de Burat du 27 Janvier à Biadi, par laquelle celui-ci est avisé que sa dette se monte à 1960 fr. 70 c. et invité à ne pas laisser son correspondant à découvert.

Le lendemain, Burat écrit à Biadi qu'il ne peut admettre son refus de reconnaître l'opération, et qu'il le met en demeure d'avoir à prendre livraison des 50 actions Andalous, soit de lui en faire les fonds avant le 2 Février, faute de quoi il opérerait la vente de ces titres aux périls et risques de son mandant, tout en se réservant de poursuivre celui-ci en justice.

Le 29 Janvier, Biadi répond qu'il n'est directement en rapport qu'avec Roch au sujet des dits titres ; il invite Burat à adresser dorénavant à ce dernier ses communications y relatives.

Par lettre du 1er Février suivant, Burat déclare confirmer son écriture précédente, et le lendemain 2 dit, il avise Biadi qu'il a vendu ce jour les 50 actions Andalous à 340 fr.

Par lettre du 4 dit, Burat réclame à Biadi le paiement immédiat de ce que celui-ci lui doit, par 4560 fr. 70 c. et le menace de poursuites judiciaires pour le cas où il ne s'exécuterait pas.

Burat actionne alors Biadi par citation-demande du 29 Mars suivant, et à l'audience du Tribunal de la Sarine du 14 Avril 1887, il a conclu à ce que le prédit Biadi soit condamné à lui payer la somme sus-indiquée, avec intérêt au 6 % dès le 1er Février.

Par exploit du 12 Avril, Biadi avait signifié au demandeur qu'il opposait à son action :

1° une exception de défaut de vocation d'agir, attendu que ce n'est pas avec Burat qu'il a traité l'affaire concernant les actions des chemins de fer andalous, mais avec Ch. Roch, et que si Roch l'a mis en relation avec Burat, le contrat n'en a pas moins été passé entre Biadi et Roch.

2° Une exception de dol, attendu que Burat ou Roch auraient affirmé des faits inexacts en vue d'engager le défendeur à acheter les dites actions.

3° Une exception tirée des art. 512 et 514 C. O., la créance de Burat ayant sa source dans une dette de jeu.

Le défendeur Biadi conclut en conséquence à libération de la demande, et reconventionnellement à ce que Burat soit condamné à lui rembourser la somme de 1526 fr. 80 c. payée par lui a compte de l'opération relative aux actions des chemins de fer andalous.

Le demandeur Burat a conclu au rejet de la demande reconventionnelle de Biadi, en lui opposant en outre une exception d'irrecevabilité; il a estimé que c'était la loi française du 28 Mars 1885 sur les marchés à terme qui était applicable à l'espèce.

Dans son arrêt du 24 Octobre 1887, la Cour d'Appel a accordé à Burat les conclusions de sa demande, et débouté Biadi de sa conclusion libératoire, et, partant, de sa demande reconventionnelle, par les motifs suivants:

La contre-exception fondée sur ce que le défendeur n'aurait pas spécifié suffisamment les faits à la base de son exception est inadmissible.

La disposition d'ordre public de l'art. 512 C. O. est applicable en la cause.

Sur l'exception tirée du défaut de vocation d'agir, Burat a qualité, aux termes de l'art. 36 C. O., pour demander à Biadi le paiement de sa créance.

Biadi, bien qu'il ait transmis à Roch son premier ordre d'achat, a été dès le jour même de l'exécution de cet ordre en rapports directs avec Burat à ce sujet, et a reconnu à plu-

sieurs reprises les comptes de liquidation de celui-ci. Roch n'était que le représentant de Biadi, un intermédiaire entre ce dernier et Burat. Le second ordre d'achat de 25 andalous a d'ailleurs été transmis par Biadi à Burat directement: Biadi a donc reconnu Burat comme son cocontractant.

Sur l'exception de dol, rien n'établit que Biadi se soit engagé dans l'opération dont il s'agit ensuite de manœuvres pratiquées par le demandeur Burat, ou par des tiers à l'instigation de celui-ci.

La Cour d'Appel a, enfin, rejeté l'exception de jeu, par le motif que la prédite opération ne rentre pas dans l'espèce prévue à l'art. 512 précité C. O., et qu'elle ne porte pas les caractères du jeu ou du pari, tels que le Tribunal fédéral les a déjà énumérés dans plusieurs arrêts, entre autres dans celui du 24 Juillet 1886 entre le Kreditanstalt à Lucerne et Ruegger & Knörr.

Bien qu'en effet les titres dont il s'agit n'ont jamais été en mains de Biadi, ils ont été cependant à sa disposition : ils auraient pu être livrés à un moment quelconque, dans le cas où le défendeur en aurait demandé la livraison. Les parties n'ont pas manifesté l'intention indubitable d'exclure cette livraison et de ne spéculer que sur les différences des cours.

Au fond, Burat, au bénéfice d'un contrat régulièrement conclu, a justifié de sa demande de paiement de 4560 fr. 70 c. par la production de ses différents comptes ; Biadi, en dehors de ses moyens exceptionnels, n'a pas contesté ce chiffre et a même reconnu la réalité de sa dette.

En droit :

2° C'est tout d'abord avec raison que la Cour d'Appel, en présence de l'exception de jeu soulevée par le défendeur, a estimé que la disposition de l'art. 512 C. O. étant d'ordre public, devait être appliquée en la cause à l'exclusion du droit étranger sur la matière. Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs déjà prononcé dans ce sens à l'occasion d'un recours analogue (V. arrêt du 1er Mai 1886 en la cause Titzck et Cie c. Post et Lappé. Rec. XII, page 381.)

3° En ce qui concerne l'exception tirée du défaut de vocation d'agir de Burat, il convient de remarquer que Biadi a transmis en effet à Roch, le 19 Octobre 1886, l'ordre d'acheter 25 actions des chemins andalous, et que Roch apparaissait dès lors, non comme le représentant mais comme le commissionnaire de Biadi, se chargeant d'opérer pour le compte de celui-ci l'achat de titres (C. O. 430.)

Roch n'exécuta toutefois pas lui-même l'ordre d'achat, mais le transmit à Burat, en indiquant à celui-ci le nom de l'acheteur, et Burat se chargea de la commission, non point pour le compte de Roch, mais pour celui de Biadi, auquel il fit connaître le même jour, par lettre et par télégramme, que son ordre était exécuté au prix de 472. 50 par action. Biadi a confirmé cet achat dans sa correspondance avec Burat, le 19 Octobre 1886 déjà, et c'est avec cet agent de change seul que le recourant a continué à être en rapport relativement aux titres achetés; c'est à lui qu'il a transmis tous les ordres de report, l'approbation des comptes successifs de liquidation, et c'est à lui encore qu'il a transmis directement, le 30 Novembre suivant, l'ordre d'achat de 25 nouveaux titres des chemins andalous.

Le transfert à Burat de la commission donnée d'abord à Roch a donc été positivement approuvé par le commettant Biadi, et il importe peu dès lors dans quelle situation Roch s'est trouvé à l'origine vis-à-vis des parties en cause. Dans ces circonstances, la vocation de Burat pour agir contre Biadi ne saurait être contestée.

4° En ce qui touche l'exception de dol formulée par le demandeur, l'arrêt dont est recours pose en fait d'une manière définitive qu'il n'est nullement prouvé que Burat ait fourni à Biadi des renseignements inexacts dans le but de l'engager à l'achat des actions des chemins de fer andalous, et que Biadi n'a pas établi davantage avoir été induit à l'opération dont il s'agit par les manœuvres de tiers. Le jugement de la Cour d'Appel ne constate point d'ailleurs, et il ne résulte pas des pièces du dossier que Burat ait eu connaissance, lors de la conclusion du contrat, du renseigne-

ment fourni par Roch, ni qu'il ait participé à cet égard à des manœuvres dolosives.

Or, comme aux termes de la demande, ces manœuvres dolosives dont se plaint le recourant doivent avoir été commises par Roch seul, et que dès lors Burat n'est point recherchable de ce chef, l'exception de dol manque en tout cas de toute base vis-à-vis de ce dernier; il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur la dite exception.

5° Il se justifie, enfin, d'admettre les motifs qui ont engagé la Cour d'Appel à repousser l'exception de jeu fondée sur l'art. 512 C. O.

Ainsi que le Tribunal de céans l'a déjà reconnu entre autres dans son arrêt précité en la cause Titzck c. Lappé, la loi ne prohibe point d'une manière générale les marchés à terme, mais seulement les opérations qui, déguisées sous l'apparence d'un tel marché, cachent en réalité un jeu. Il y a jeu seulement, lorsque les parties contractantes ont manifesté, d'une manière indubitable, soit expressément, soit par des actes concluants, leur intention concordante, non point d'acheter ou de vendre, mais bien d'exclure la livraison de la marchandise et de résoudre le contrat par le paiement des différences résultant des variations entre le prix d'achat et le cours à l'expiration du terme. Or l'arrêt dont est recours déclare expressément qu'il n'est pas démontré que pour l'opération ayant donné lieu au litige, les parties aient manifesté la volonté arrêtée d'exclure la livraison des titres et de ne spéculer que sur les différences de cours.

Cette appréciation, — corroborée d'ailleurs par toute la correspondance produite au dossier, — de l'intention des parties au moment où le contrat a été lié, est, ainsi que le Tribunal fédéral l'a prononcé a diverses reprises, une constatation de fait définitive, liant ce Tribunal aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

6° Les diverses exceptions opposées par le recourant à la réclamation du demandeur devant ainsi être repoussées, il y a lieu de reconnaître, avec la cour d'Appel, que les conclusions de la demande sont fondées en présence des ordres

d'achat de Biadi, lequel ne conteste d'ailleurs nullement le chiffre de son compte débiteur.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour d'Appel de Fribourg du 24 Octobre 1887 est maintenu tant au fond que sur les dépens.

---

83. Urtheil vom 3. Dezember 1887 in Sachen Mikolajczak gegen Brunner.

A. Durch Urtheil vom 16. September 1887 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt: In Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urtheils sei die Appellation des Klägers abgewiesen und derselbe verfällt, dem Beklagten die Kosten der obern Instanz mit 63 Fr. 20 Cts. zu ersetzen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. In schriftlicher Eingabe, datirt den 31. Oktober 1887 meldet er folgende Anträge an:

1. Im vorwürfigen Falle sei das eidgenössische Obligationenrecht als einzig zuständig zu erklären.

2. Es möge das unter-, beziehungsweise obergerichtliche Urtheil aufgehoben werden.

3. Die Akten mögen einer neuen Prüfung unterworfen und Beweise angeordnet werden.

4. Der Beklagte, der Arglist und Betrugs überführt, möge verurtheilt werden:

a. zur Zahlung einer Entschädigung von 20,000 Fr., resp.

b. der Apothekenkauf möge annullirt werden, unter Vorbehalt voller Entschädigung an den Kläger und Kostenfolge.

C. Bei der heutigen Verhandlung ist der Kläger nicht vertreten. Der Anwalt des Beklagten und Rekursbeklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch schriftlichen Vertrag vom 18. März 1885 verkaufte Apotheker A. Brunner, in Großlaufenburg dem Apotheker Josef Mikolajczak aus Preußen „sein in Großlaufenburg „befindliches Apothekergeschäft sammt Wohnhaus Nr. 144 mit „dem dazu gehörigen Nebengebäude Nr. 143, Hof und Gärtchen, „in welch' ersterm gedachtes Geschäft sich etablirt befindet, mit „allen gegenwärtig dazu gehörigen Apothekereinrichtungen, „Utensilien und Apothekerwaaren, wie solche beim Abschluß des „Kaufes vorhanden waren, endlich den vor dem Wasenthor „gelegenen Garten, mit allen Befugnissen, Rechten und Lasten, „wie Apotheker A. Brunner diese Grundstücke und Gegenstände „erworben und bisher eigenthümlich besessen hat, um die Summe „von 75,000 Fr." In § 2 der Kaufsbedingungen ist bestimmt, daß an den Kaufschilling auf den 15. April 1885 20,000 Fr. in baar bezahlt werden. § 5 und 6 sodann bestimmen: „Nach „Bezahlung des Angeldes sub II benannt, gehen sämmtliche „übergebene Kaufsobjekte als schulden-, beziehungweise hypothe„kenfreies Eigenthum in den vollen Besitz des Käufers über, „wogegen bis zur vollständigen Abtragung des Kaufschillings „das Immobiliar wie Mobiliar der Ersparnißkasse Großlaufen„burg mit 28,000 Fr. — erster Hypothek, dem Verkäufer der „Rest in zweiter Hypothek verbleibt." Durch § 9 verpflichtet sich der Verkäufer, im Umkreis von 3 Stunden um Großlaufenburg herum kein ähnliches Geschäft zu errichten noch zu kaufen. Dieser Kaufvertrag wurde zur gemeinderäthlichen Fertigung gebracht und es trat der Käufer das Kaufsobjekt am 15. April 1885 an. Mit Klageschrift vom 7. Januar 1887 nun aber stellte Josef Mikalajczak beim Bezirksgerichte Laufenburg den Antrag: Es sei der Beklagte (Apotheker Brunner) zu verfällen, „dem Kläger 20,000 Fr., eventuell den durch „Experten nach richterlichem Ermessen festgesetzten Betrag des „Minderwerthes der Apotheke zu bezahlen, eventuell: Es sei „Mikolajczak berechtigt zu erklären, vom Kaufvertrage, datirt „den 18. März 1885, mit Fertigung vom 15. April gleichen „Jahres zurückzutreten und zwar unter Vorbehalt seiner An„sprüche auf volle Genugthuung unter Kostenfolge." Diese

Begehren wurden" im Wesentlichen folgendermaßen begründet: Der Verkäufer habe dem Käufer bei den Vertragsunterhandlungen, insbesondere durch einen Brief vom 15. März 1885, angegeben, die Apotheke habe (in den letzten zehn Jahren) einen Jahresumsatz von durchschnittlich 18,000 Fr., zur Hälfte Rezeptur, zur Hälfte Handverkauf, gehabt. Der Käufer habe nun aber die Entdeckung machen müssen, daß der Jahresumsatz in den Jahren 1882—1885 sich nicht auf 18,000 Fr., sondern nur auf 12,000 Fr., oder, wenn man den Ertrag der vom Verkäufer betriebenen verbotenen Kurpfuscherei in Abzug bringe, sogar nur auf 10,000 Fr. belaufen habe; der durchschnittliche Umsatz der letzten zehn Jahre habe nur 13—14,000 Fr. betragen. Der Verkäufer habe daher den Käufer hinsichtlich der Haupteigenschaft des Kaufsobjektes (dessen Rentablität) absichtlich und arglistig getäuscht, indem er einerseits den durchschnittlichen Jahresumsatz der letzten zehn Jahre zu hoch angegeben, andrerseits dagegen in arglistiger Weise die Thatsache verschwiegen habe, daß dieser Umsatz seit zehn Jahren stetig (um 40 %) abgenommen habe; er habe den Käufer zu der irrigen Annahme arglistig verleitet, daß auch zur Zeit des Kaufes noch der jährliche Umsatz der Apotheke sich um 18,000 Fr. herum bewegt habe. Nach Art. 243 und 249 O.-R. sei daher der Käufer berechtigt, Wandelung des Kaufes, oder Minderung des Kaufpreises zu verlangen; er wähle das Letztere und behaupte, daß die Apotheke, da sie nur einen Umsatz von 10—12,000 Fr. statt der zugesicherten 18,000 Fr. aufweise, gegenüber dem stipulirten Kaufpreise einen Minderwerth von 20,000 Fr. besitze. Trotzdem es sich um einen Liegenschaftskauf handle, sei doch das Obligationenrecht auf die vorliegende Frage anwendbar. Eventuell wäre der Käufer gemäß Art. 24 O.-R. und § 624 des aargauischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches berechtigt, wegen Betruges vom Kaufe zurückzutreten und Schadenersatz zu verlangen, weil er durch betrügerische Angaben zum Kaufsabschlusse verleitet worden sei. Die beiden Vorinstanzen haben die Klage ohne Beweisaufnahme verworfen, das Obergericht in seiner Fakt. A erwähnten Entscheidung im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Der vor-

liegende Kauf sei, wie sich aus der Aufzählung der Kaufsobjekte ergebe, ein Liegenschaftskauf; für Liegenschaftskäufe aber komme nach Art. 231 O.-R. das kantonale Recht zur Anwendung. Nach § 635 des argauischen bürgerlichen Gesetzbuches sei bei schriftlichen Verträgen auf Unterredungen keine Rücksicht zu nehmen, welche vor Unterzeichnung der Urkunde stattgefunden haben und nicht in dieselbe aufgenommen worden seien. In der schriftlichen Vertragsurkunde sei nun dem Kläger ein jährlicher Umsatz von 18,000 Fr. nicht zugesichert; was vor dem Kaufsabschlusse in dieser Beziehung mündlich oder schriftlich geäußert worden sei, könne nicht als rechtsverbindliche Parteikonvention anerkannt werden. Der Kläger könne daher Preisminderung nicht verlangen. Ebensowenig könne er wegen Betrugs vom Vertrage zurücktreten. Denn von einer arglistigen Entstellung der Wahrheit durch den Beklagten könne nicht die Rede sein. Es wäre ja dem Kläger ein Leichtes gewesen, sich zu überzeugen, ob die Angabe des Beklagten im Briefe vom 15. März 1885 richtig sei oder nicht, da er sich vom Beklagten die sachbezüglichen Ausweise hätte vorlegen lassen können. Demnach könne die Behauptung des Klägers, daß er durch betrügerische Handlungen des Beklagten zum Vertragsabschlusse veranlaßt worden sei, nicht als richtig anerkannt werden.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zu Beurtheilung der Beschwerde hängt, da die übrigen Voraussetzungen derselben unzweifelhaft gegeben sind, davon ab, ob eidgenössisches oder kantonales Recht anwendbar ist. Zweifellos ist eidgenössisches Recht dann anwendbar, wenn der Kaufvertrag, aus welchem auf Preisminderung geklagt und welcher eventuell wegen Betrugs angefochten wird, sich als Mobiliarkauf qualifizirt, während, sofern dieser Kaufvertrag als Immobiliarkauf zu betrachten ist, untersucht werden muß, ob, beziehungsweise inwieweit, Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechts auch auf Liegenschaftskäufe anwendbar seien. In erster Linie ist also zu untersuchen, ob der Kaufvertrag vom 18. März 1885 rechtlich als Mobiliar- oder aber als Immobiliarkauf zu behandeln sei.

3. Die Kaufsurkunde vom 18. März 1885 enthält nun

jedenfalls nur einen einheitlichen Kaufvertrag und nicht etwa verschiedene, blos äußerlich in eine Urkunde vereinigte, Kaufverträge; es ist ja für den Kaufgegenstand in seiner Gesammtheit, als durch den Parteiwillen zu einer Einheit zusammengefaßte komplexe Leistung, ein einheitlicher Preis bestimmt. Dieser einheitliche Kaufvertrag muß denn der Natur der Sache nach entweder ganz als Liegenschafts- oder ganz als Mobiliarkauf behandelt werden. Zwar hat gewiß die Uebereignung der einzelnen verkauften Sachen für die Mobilien nach den Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechts, für die Immobilien nach den hiefür geltenden kantonalgesetzlichen Vorschriften zu erfolgen. Der Kaufvertrag selbst aber, d. h. der Kaufvertrag als obligationenrechtliches Geschäft kann nur als ein einheitlicher, in seiner Totalität entweder als Liegenschafts- oder aber als Mobiliarkauf zu qualifizirender Vertrag behandelt werden. Entscheidend für seine Natur ist sein Hauptinhalt. Ist, nach den Bestimmungen des Vertrages und der daraus zu erschließenden Absicht der Parteien, Hauptinhalt des Vertrages Veräußerung und Erwerb von Liegenschaften, so liegt ein Immobiliarkauf vor; ist dagegen Hauptgegenstand des Vertrages die Uebertragung des Apothekergeschäftes in Aktiven und Passiven und werden die verkauften Liegenschaften nur nebensächlich als zu diesem Geschäfte gehörig, mitveräußert, so ist der Vertrag als Mobiliarkauf zu behandeln (vergleiche Dernburg, Preußisches Privatrecht II, S. 10, Anmerkung 3, 3. Auflage; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes I, S. 148). In dieser Richtung ist nun in Uebereinstimmung mit dem Vorderrichter anzunehmen, daß hier ein Liegenschaftskauf vorliege. Allerdings ist unverkennbar, daß der Käufer den Vertrag zu dem Zwecke abschloß, um in den erworbenen Gebäulichkeiten mit den gekauften Utensilien und Waaren das Apothekergewerbe zu betreiben; allein es kann doch nicht gesagt werden, daß die Gebäulichkeiten und Grundstücke lediglich als Bestandtheile des Apothekergeschäftes des Verkäufers (welches ja nicht schlechthin in Aktiven und Passiven vom Verkäufer übernommen wurde) veräußert worden seien. Es werden daher, dem regelmäßigen Verhältnisse bei Verkauf von Liegenschaften und Mobiliar in

einem Vertrag entsprechend, die Liegenschaften als Hauptgegenstand des Vertrages betrachtet werden müssen, wofür auch noch darauf hingewiesen werden mag, daß der Kläger selbst in erster Instanz den Kauf als Liegenschaftskauf bezeichnet hatte.

4. Es muß somit die Frage untersucht und entschieden werden, ob, beziehungsweise inwieweit, Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes auf Kaufverträge über Liegenschaften anwendbar seien. Die Vorschrift des Art. 231, Absatz 1 O.-R. („Für Kaufverträge über Liegenschaften gilt das kantonale Recht"), deren Auslegung hiefür entscheidend ist, hat bekanntlich in Doktrin und Praxis eine sehr verschiedene Auffassung gefunden. Von einer Seite wird diese Bestimmung dahin ausgelegt, sie behalte nur besondere, speziell für den Kaufvertrag über Liegenschaften gegebene, Vorschriften des kantonalen Rechtes vor; insoweit also derartige besondere kantonalrechtliche Bestimmungen nicht bestehen, gelte auch für Kaufverträge über Liegenschaften durchaus das Bundesgesetz, sowohl insoweit dasselbe allgemeine Grundsätze des Obligationenrechtes aufstelle, als insoweit es speziell den Kaufvertrag normire. Dagegen wird von anderer Seite ausgeführt, nach Art. 231, Absatz 1 cit. seien die bundesgesetzlichen Bestimmungen über den Kauf (wie sie in Titel VII O.-R. enthalten sind) auf Liegenschaftskäufe nicht anwendbar, dagegen werden die allgemeinen Materien des Obligationenrechtes durch das Bundesgesetz, soweit dieses nicht spezielle Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Rechtes enthalte, (in Titel I—V) erschöpfend normirt, so daß die allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätze desselben auch für Kaufverträge über Liegenschaften gelten. Eine dritte Meinung endlich geht dahin, durch Art. 231, Absatz 1 O.-R. seien die Kaufverträge über Liegenschaften von der Normirung durch das Bundesgesetz überhaupt ausgeschlossen und in allen Richtungen (sowohl bezüglich der allgemeinen als der speziell den Kauf betreffenden Bestimmungen) dem kantonalen Rechte unterstellt. Die ersterwähnte Ansicht erscheint als mit dem Wortlaute und Zusammenhang des Gesetzes schlechthin unvereinbar. Der Grundsatz des Art. 231, Absatz 1 O.-R. ist unter der Rubrik „Allgemeine Bestimmungen" mit an die Spitze des Titels von

Tausch und Kauf gestellt. Demnach kann denn gewiß kein Zweifel darüber obwalten, daß demselben zum Mindesten die Bedeutung zukommen muß, die Anwendung der Bestimmungen dieses Titels auf Liegenschaftskäufe auszuschließen. Die in Rede stehende Meinung legt überdem dem Obligationenrecht für den Liegenschaftskauf die Bedeutung eines blos subsidär nicht absolut gemeinen Rechtes bei. Hiefür ist, da das Obligationenrecht für seine Normen zweifellos der Regel nach im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft gleichmäßige Geltung beansprucht, nicht zu vermuthen. Da, wo der Gesetzgeber dem Obligationenrecht wirklich blos subsidiäre Geltung beilegen wollte, ist dies im Gesetze unzweideutig ausgedrückt (vergleiche Art. 64 und 896 O.-R.) Wenn daher den Bestimmungen des VII. Titels des Obligationenrechtes für den Liegenschaftskauf die Bedeutung eines subsidiären Gesetzes hätte beigelegt werden wollen, so wäre dies gewiß im Texte des Gesetzes zu klarem Ausdrucke gelangt, dies um so mehr, als im Redaktions-Entwurfe des Gesetzes von 1875 (siehe Art. 284 desselben) eine unzweideutige Bestimmnng dieses Inhaltes wirklich enthalten war, die aber eben nicht festgehalten wurde, sondern an deren Stelle schließlich die ganz anders gefaßte Vorschrift des Art. 231 Absatz 1 des Gesetzes trat. Die Normen des Obligationenrechts über den Kauf finden somit auf Liegenschaftskäufe jedenfalls keine Anwendung und es kann sich also blos fragen, ob nicht wenigstens die auf allgemeine Lehren des Obligationenrechts bezüglichen Bestimmungen des Bundesgesetzes auch für Liegenschaftskäufe gelten. Wäre dies zu bejahen, so wäre das Bundesgericht in concreto zwar nicht zu Beurtheilung der in erster Linie erhobenen Preisminderungsklage wegen Sachmängeln, wohl aber zur Beurtheilung der eventuell angestrengten Anfechtungsklage wegen Betruges zuständig. Allein die gestellte Frage ist richtiger zu verneinen. Hiefür spricht in erster Linie wieder der Wortlaut des Art. 231, Absatz 1 O.-R. Derselbe behält für Kaufverträge über Liegenschaften das kantonale Recht ganz allgemein vor, ohne jede Unterscheidung zwischen generellen und speziellen Bestimmungen desselben, ohne irgendwie anzudeuten, daß Liegenschaftskäufe dennoch theilweise, soweit es sich um die

Anwendung allgemeiner obligationenrechtlicher Grundsätze handle, den Bestimmungen nicht des kantonalen, sondern des eidgenössischen Gesetzes unterstehen. Dafür spricht aber ferner der Zweck des Gesetzes. Das Gesetz wollte offenbar, ganz abgesehen von der Frage, ob mit Rücksicht auf Art. 64 B.-V. die Bundesgesetzgebung überhaupt zuständig gewesen wäre, den Liegenschaftskauf zu normiren, den Kantonen anheimstellen, den Verkehr in Grundstücken ihrerseits, mit Rücksicht auf ihre speziellen Bedürfnisse und Einrichtungen, zu ordnen. Dieser gesetzgeberische Zweck würde nun aber nur unvollständig erreicht, wenn man den allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes auch für den Liegenschaftskauf verbindliche Kraft beilegte. Denn es ist gewiß nicht zu verkennen, daß die Anwendung mehrerer allgemeiner Bestimmungen des Obligationenrechts auf Liegenschaftskäufe zur Beseitigung gerade solcher Bestimmungen des kantonalen Immobiliarrechtes führen müßte, welche das Bundesgesetz zufolge des Vorbehaltes des Art. 231 Absatz 1 unberührt lassen wollte. So wird z. B. nicht zu bezweifeln sein, daß durch den Vorbehalt des Art. 231 Absatz 1 O.-R. der Kantonalgesetzgebung anheimgegeben werden sollte, die Folgen des Verzuges des Schuldners für den Immobiliarkauf anders zu ordnen, als dies die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts postuliren, etwa die Geltung des Grundsatzes des Art. 122 O.-R. bei Säumniß des Käufers in Zahlung der Kaufsumme auszuschließen; so wird ferner nicht zu bezweifeln sein, daß der Kantonalgesetzgebung frei gestellt werden sollte, für den Immobiliarkauf die Beifügung von Bedingungen, deren Zuläßigkeit im Uebrigen aus dem Zusammenhange des Bundesgesetzes gefolgert werden müßte, als unzuläßig zu erklären, und dergleichen mehr. Kantonalgesetzliche Vorschriften diesen Inhalts aber erschienen, wenn der allgemeine Theil des Obligationenrechtes auch für den Immobiliarkauf Geltung hätte, ohne anders als unzuläßig; denn in diesem Falle wäre den Kantonen schlechthin untersagt, Gesetzesbestimmungen, welche mit den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts nicht vereinbar wären, ja welche sich auch nur auf Punkte bezögen, die durch den allgemeinen Theil des Obligationen-

rechts direkt oder folgeweise geregelt wären, für den Immobiliarkauf aufzustellen oder aufrechtzuerhalten. Alle Fragen, welche durch den allgemeinen Theil des Obligationenrechts direkt oder folgeweise sich normirt finden, wären auch für den Immobiliarverkehr ausschließlich nach dem Obligationenrecht zu beantworten und es könnte die kantonale Gesetzgebung keine speziell den Immobiliarkauf betreffenden modifizirenden Vorschriften feststellen. Bei dieser Regelung des Verhältnisses wären denn auch, Angesichts des innern Zusammenhanges und der wechselseitigen Bedingtheit der allgemeinen und besondern obligationenrechtlichen Vorschriften, eine weitgehende Rechtsunsicherheit betreffend die fortdauernde Geltung kantonalrechtlicher Normen, sowie manigfache Komplikationen in der Rechtsanwendung unvermeidlich. Es ist daher, wie gesagt, dem Vorbehalte des Art. 231, Absatz 1 O.-R., seinem Wortlaute entsprechend, die Bedeutung beizumessen, daß derselbe den Liegenschaftskauf ganz allgemein in allen Beziehungen, sofern natürlich nicht durch andere Bundesgesetze, wie das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, etwas Anderes bestimmt ist, kantonalrechtlicher Regelung zuweist. Wenn hiegegen eingewendet wird, angesichts einer so umfassenden Bedeutung des fraglichen Vorbehaltes wäre unverständlich, inwiefern neben demselben noch der Vorbehalt des Art. 10 O.-R. im Gesetze hätte aufgestellt werden können, so ist darauf zu erwidern, einerseits daß Art. 10 cit. sich nicht nur auf den Kaufvertrag über Liegenschaften bezieht, also neben Art. 231, Absatz 1 noch eine selbständige Bedeutung besitzt, andrerseits daß, selbst wenn dem nicht so wäre, daraus doch noch Nichts gegen die hier vertretene Anschauung folgen würde. Es wäre dann einfach in Art. 10 die Regel des Art. 231, Absatz 1 für einen speziellen Anwendungsfall noch besonders bestätigt, was um so weniger auffallen könnte, als das Bundesgesetz sich über seine Kompetenzgrenzen gegenüber dem kantonalen Rechte nicht allgemein und prinzipiell ausspricht, sondern nur jeweilen bei einzelnen Materien besondere Vorbehalte aufstellt, ein Verfahren, bei welchem denn offenbar Wiederholungen sehr leicht vorkommen können.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Weiterziehung des Klägers wird wegen Inkompetenz des Bundesgerichtes nicht eingetreten und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 16. September 1887 sein Bewenden.

---

84. *Arrêt du 23 Décembre 1887, dans la cause Laplanche contre Gœgg.*

Par arrêt du 31 Octobre 1887, la Cour de Justice civile de Genève a prononcé comme suit :

La Cour réforme le jugement rendu le 26 Mai 1887 par le Tribunal de Commerce, et, statuant à nouveau, déclare non recevable dame Laplanche dans son action contre Gœgg au sujet des faits attribués personnellement à dame Désarnod dans le N° 2 de l'offre de preuve, réserve à dame Laplanche tous droits contre cette dernière ; admet en preuve le fait articulé contre Gœgg et ainsi conçu :

« Que Gœgg a, depuis la remise de son commerce de » modes à dame Laplanche, vendu à plusieurs reprises des » plumes et des fleurs, articles se rapportant au même com- » merce ; réserve à Gœgg la preuve contraire ; condamne » dame Laplanche à la moitié des dépens de première ins- » tance et d'appel ; réserve le surplus jusqu'au jugement » définitif et renvoie la cause à l'audience du 9 Novembre » pour les enquêtes. »

C'est contre cet arrêt que dame Laplanche recourt au Tribunal fédéral concluant à ce qu'il lui plaise :

1° Admettre à la forme et au fond le dit recours, et

2° réformer en conséquence l'arrêt rendu par la Cour de Justice de Genève le 31 Octobre 1887, en tant qu'il déclare sieur Gœgg non responsable des faits de concurrence dé-

loyable reprochés à dame Désarnod, divorcée Gœgg, et qui sont reconnus et établis au débat.

3° Confirmer sur ce point le jugement de première instance, rendu par le Tribunal de Commerce de Genève en date du 26 Mai 1887.

La partie opposante au recours a conclu au maintien de l'arrêt attaqué.

Statuant et considérant en fait :

1° Le sieur Henri Gœgg exploitait avec sa femme, née Désarnod, un commerce de modes, rue Centrale à Genève.

Par acte sous seing privé du 18 Mars 1884, Gœgg-Désarnod a remis son commerce à dame Laplanche, pour la somme de 3750 fr. ; une clause de cet acte de vente porte que Gœgg « s'interdit, soit pour lui, soit pour sa femme, » d'exploiter directement ou indirectement un commerce » analogue à celui qu'il remet à dame Laplanche. »

Les époux Gœgg ont été divorcés par jugement du 15 Mai 1886.

Par exploit du 18 Septembre 1886, dame Laplanche a cité Gœgg devant le Tribunal de commerce, offrant la preuve des faits suivants :

1° Gœgg a, depuis la remise de son commerce de modes à dame Laplanche, vendu à plusieurs reprises des plumes et des fleurs, articles se rattachant au dit commerce.

2° Dame Gœgg-Désarnod a ouvert en Mai 1886 et exploite encore actuellement un commerce de modes, rue du Commerce N° 8.

Se fondant sur ces faits, dame Laplanche a conclu contre Gœgg au paiement d'une somme de 3000 fr. à titre de dommages-intérêts et à ce qu'il fût condamné en outre à cesser, dans le délai de 48 heures, dès le jugement à intervenir, toute vente ou exploitation d'articles se rattachant au commerce de modes, et cela à peine de 20 fr. pour chaque contravention.

Par écriture du 16 Février 1887, Gœgg conteste les faits de concurrence articulés contre lui : les faits et gestes de sa ci-devant épouse ne le concernent point, attendu que le di-

vorce a été prononcé entre eux ; il ne saurait être rendu responsable des agissements de la dame Désarnod, et c'est à celle-ci seule que dame Laplanche doit s'en prendre, si elle s'y estime fondée.

Par écriture du 2 Mars suivant, dame Laplanche réplique que, bien que le sieur Gœgg fût seul propriétaire du commerce, c'était la concurrence de dame Gœgg qui était à redouter, c'est pourquoi dame Laplanche exigea que sieur Gœgg se portât fort pour sa femme ; le fait du divorce postérieur entre ces époux n'a rien à faire dans l'instance ; en particulier Gœgg ne saurait l'invoquer pour se soustraire à ses engagements.

Par écriture du 20 Avril 1887, dame Laplanche insiste sur le fait que sans ce porté-fort de Gœgg, le contrat serait entièrement illusoire ; dame Laplanche n'ayant aucune action contre dame Gœgg-Désarnod, elle serait ainsi frustrée de ses droits. Dame Laplanche conclut à ce qu'il plaise au Tribunal condamner Gœgg à lui payer la somme de 3000 fr. à titre de dommages-intérêts, et le condamner en outre à cesser lui-même et à faire cesser par dame Gœgg-Désarnod, dans le délai de 48 heures dès le jugement, toute vente ou exploitation d'articles se rattachant au commerce de modes, sous peine de 20 fr. pour chaque contravention.

Par écriture du même jour, Gœgg reprend aussi ses conclusions.

Par jugement du 26 Mai 1887, le Tribunal de commerce a condamné Gœgg à payer à dame Laplanche, avec intérêts de droit, la somme de 1500 fr., l'a condamné aux dépens et lui a ordonné en outre de cesser ou de faire cesser, dans les huit jours dès la signification du dit jugement, toute vente ou exploitation d'articles se rattachant au commerce en détail de modes ; l'a condamné enfin, faute par lui de ce faire dans le dit délai, à 5 fr. de dommages-intérêts pour chaque jour de retard, tous les droits de Gœgg contre dame Désarnod étant réservés.

Le Tribunal a estimé que le contrat du 18 Mars 1884 constituait un engagement pris par Gœgg tant en son nom

qu'au nom de sa femme; qu'il s'est valablement porté fort du fait de celle-ci ; qu'il doit supporter les conséquences de cet engagement, nonobstant le divorce intervenu, comme il serait responsable de l'engagement qu'il aurait pu prendre vis-à-vis de toute autre tierce personne.

Par écriture du 30 Septembre suivant, Gœgg a appelé de ce jugement à la Cour de Justice civile, concluant à ce qu'il lui plaise débouter dame Laplanche de ses conclusions.

Il faut remonter à l'intention des parties au moment du contrat : Gœgg s'engageait alors comme chef de la communauté, et ayant comme tel les moyens d'agir sur sa femme : il ne le peut plus maintenant, et, depuis le divorce prononcé, il décline toute responsabilité.

Dans ses conclusions d'appel, datées du 15 Octobre 1887, dame Laplanche conclut à la confirmation du jugement de première instance. Elle estime aussi qu'il faut s'en rapporter à la commune intention des parties : or le sieur Gœgg a pris pour lui seul l'engagement exigé par dame Laplanche ; il s'est porté fort pour sa femme, qui n'est point intervenue au contrat. Cette garantie a été donnée sans réserve et d'une manière absolue : Gœgg doit en supporter les conséquences.

Par arrêt du 31 dit, la Cour de Justice a statué comme il a été dit plus haut, par les motifs ci-après :

Selon les lois genevoises, le régime de la communauté des biens règle les droits, la capacité et les obligations des époux pendant le mariage, en l'absence de contrat, ce qui est le cas dans l'espèce ; dès lors le commerce cédé par l'acte du 18 Mars 1884 constituait un bien commun et il faut recourir ainsi aux principes qui régissent la communauté légale pour apprécier le dit acte et ses conséquences.

D'après l'art. 1421 C. C., qui attribue au mari seul l'administration des biens de la communauté, la femme mariée est dépourvue de la faculté de contracter personnellement, et son mari est son représentant légal et forcé pour tous les actes qui engagent les intérêts communs. Dans l'acte du 18 Mars 1884, le mari n'a pu ni dû contracter que comme chef de la communauté ; il ne peut donc s'agir en l'espèce

d'un engagement pris au nom d'une tierce personne étrangère au contrat, mais bien d'une obligation prise par dame Désarnod elle-même, légalement représentée par le mandataire que la loi lui impose. Aux termes de l'art. 36 C. O., et pour la part personnelle mise à la charge de dame Désarnod dans l'acte susrelaté, celle-ci est tenue personnellement à son exécution et la dame Laplanche a une action directe contre elle au sujet de l'infraction qu'elle lui reproche (C. O. art. 50, 112).

D'autre part, le mandat légal de la puissance maritale ayant cessé par le fait du divorce, Gœgg ne peut être tenu à aucune responsabilité pour des actes d'infraction personnels à darne Désarnod et qui sont postérieurs à cette dernière date. Les faits mis à la charge personnelle de Gœgg dans l'offre de preuve faite par dame Laplanche sont pertinents pour fonder une action directe contre lui.

Par exploit du 9 Novembre 1887, la dame Laplanche fait observer que l'arrêt qui précède a consacré l'enrichissement illégitime du sieur Gœgg, en ce que la Cour admet que Gœgg ait pu encaisser le produit total de la vente du fonds de modiste, sans que de ce prix soit déduite la somme correspondante à la violation de la clause du non-rétablissement de la dame Gœgg à Genève ; cependant même, dans le système de la Cour, il convenait de fixer la valeur du préjudice que cause à dame Laplanche le rétablissement de dame Gœgg-Désarnod et d'ordonner que Gœgg rapporte, soit la moitié de cette somme, soit la somme entière, selon que la communauté a été partagée, ou selon que dame Gœgg y a renoncé.

Sous date du 18 dit, la dame Gœgg-Désarnod a produit au greffe du Tribunal civil un acte du 23 Août 1886, d'où il résulte qu'à cette dernière date, la dite dame a déclaré renoncer purement et simplement à la communauté des biens qui a existé entre elle et son mari.

En droit :

2° La compétence du Tribunal fédéral doit être reconnue en l'espèce aux termes de l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

Le contrat dont l'interprétation est à la base du litige est postérieur à l'entrée en vigueur du code fédéral des obligations ; cette loi est donc applicable en principe, sauf en ce qui concerne les points qui sont demeurés sous l'empire du droit cantonal.

Il s'agit en outre d'un jugement au fond, relativement à la question des dommages-intérêts réclamés à Gœgg du chef des agissements de sa femme divorcée. L'arrêt dont est recours prononce sur ce point que dame Laplanche n'est pas recevable dans son action contre Gœgg au sujet des faits attribués personnellement à dame Gœgg-Désarnod, tout en réservant à dame Laplanche ses droits contre la dame Gœgg. D'un autre côté, l'arrêt ne se prononce point sur la réclamation de dommages-intérêts au sieur Gœgg du fait de ses propres actes ; il réserve ce point à une action ultérieure, en vue de laquelle il achemine les parties à des preuves.

Il sort de là que la décision de la Cour relative à la première des questions énumérées ci-dessus est un jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale.

La recourante demande, en ce qui a trait aux agissements de la dame Gœgg-Désarnod, le maintien du jugement de première instance, lequel condamne Gœgg à payer à la demanderesse la somme de 1500 fr., ainsi qu'à cesser ou à faire cesser toute vente ou exploitation d'articles se rattachant au commerce en détail de modes, et, faute par lui de ce faire, à 5 fr. de dommages-intérêts pour chaque jour de retard. Or cette obligation, qui rend Gœgg responsable de ce que sa femme divorcée exploite de nouveau son commerce, est, bien que non évaluée en argent, représentative d'une valeur qu'il y a lieu, — ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà prononcé en matière d'interdiction de l'usage de marques de fabrique, — de considérer, en l'absence de données contraires du dossier, comme suffisante pour équivaloir au montant minimum du litige exigé à l'art. 29 précité et pour fonder ainsi la compétence du Tribunal fédéral.

3° Au fond, la contestation se résume dans l'interprétation

du contrat lié entre parties le 18 Mars 1884, et en particulier dans la solution à donner, en présence des termes de ce contrat, à la question de savoir si le sieur Gœgg s'est engagé seul personnellement par cet acte, pour lui et en se portant fort pour sa femme, ainsi que l'ont admis les premiers juges, ou si, au contraire, comme l'estime la Cour de Justice, il n'y apparaît qu'en qualité de représentant de la communauté, capable de représenter et d'obliger légalement son épouse.

A cet effet, il s'agit, ainsi que les deux parties le reconnaissent d'ailleurs d'un commun accord, de rechercher quelle a été l'intention respective des dites parties au moment de la conclusion du contrat. Or cette détermination ne pouvait avoir lieu, et n'a eu lieu en effet de par la Cour de Justice, qu'ensuite de l'application des dispositions des lois en vigueur sur les rapports des époux quant à leurs biens. Mais ces lois appartiennent au domaine cantonal, et tout droit de contrôle sur la décision à laquelle les tribunaux cantonaux se sont arrêtés échappe au Tribunal de céans. L'art. 7 de la loi fédérale sur la capacité civile dispose, en effet, que la capacité civile des femmes mariées est régie, durant le mariage, par le droit cantonal, sauf en ce qui a trait à la femme commerçante et aux dispositions de l'art. 35 C. O., lesquelles sont sans application à l'espèce. La question de savoir jusqu'à quel point le mari Gœgg a obligé sa femme comme son représentant légal appellerait en outre l'application des principes du C. O. en matière de conclusion de contrats par représentants, tels qu'ils sont formulés aux art. 36 et suivants de ce code, mais l'art. 38 ibidem dispose expressément que le pouvoir de contracter pour autrui, en tant qu'il découle de relations de famille et de succession, est réglé par le droit cantonal. (V. Schneider et Fick, commentaire, page 62 de l'édition allemande. Hafner, Das schweizerische Obligationenrecht, page 10, ad art. 38.)

4° Le Tribunal fédéral n'a pas davantage à s'occuper de savoir quels sont les effets juridiques de la renonciation de la dame Gœgg-Désarnod à la communauté en date du

23 Août 1886. Non seulement cette pièce n'a été produite que le 19 Novembre, soit postérieuremeut à l'arrêt de la Cour, et ne peut être prise en considération aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire, mais encore cette question appellerait également l'application de dispositions du droit cantonal.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'enrichissement illicite du sieur Gœgg (art. 70 C. O.) le Tribunal fédéral serait compétent pour connaître de cette question. Toutefois les conclusions de la demande formulent seulement une action en dommages-intérêts pour non-observation des clauses d'un contrat, aux termes des art. 110 et 112 C. O. Les instances cantonales n'ont donc pas eu à se prononcer sur le dit moyen, et le Tribunal de céans n'a pas, dès lors, à statuer sur une action qui n'a pas été ouverte.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce:

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu le 31 Octobre 1887 par la Cour de Justice de Genève est maintenu tant au fond que sur les dépens.

V. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen.

Différends de droit civil entre la Confédération et des cantons.

85. Urtheil vom 1. Oktober 1887 in Sachen Zürich gegen Bund.

A. Der Kaufmann Fritz Brunner von Winterthur in Zürich wendete der „schweizerischen meteorologischen Centralanstalt" durch Testamente vom 21. Januar 1884 und 28. April 1885 ein Vermächtniß von 100,000 Fr. zu „und zwar in der Mei-

nung, daß ihr nicht nur über die Zinsen des Kapitals sondern auch über letzteres selbst freies Verfügungsrecht zustehe, wenn sie der Mittel zur Erweiterung der Anstalt oder zur Förderung der Wissenschaft in irgend einer Weise bedarf." Am 1. Mai 1885 verstarb der Testator. Die schweizerische meteorologische Centralanstalt ist eine durch Bundesbeschluß vom 23. Dezember 1880 errichtete Bundesanstalt (mit Sitz in Zürich), welche an Stelle eines von der schweizerischen naturforschenden Gesellschaft gegründeten provisorischen meteorologischen Bureaus getreten ist.

B. Der Direktor der meteorologischen Centralanstalt und das eidgenössische Departement des Innern (welchem die Anstalt untersteht) erhoben beim Regierungsrathe des Kantons Zürich den Anspruch, daß das Legat der 100,000 Fr. als erbschaftssteuerfrei erklärt werde; sie wurden indeß mit diesem Begehren durch Schlußnahmen des Regierungsrathes vom 8. Mai und 14. August 1886 abgewiesen. Da seitens der Bundesbehörde die Erbschaftssteuerpflicht fortwährend bestritten wurde, so trat der Regierungsrath des Kantons Zürich mit Schriftsatz vom 19. Oktober 1886 beim Bundesgerichte gegen den schweizerischen Bundesrath als Vertreter des Fiskus der schweizerischen Eidgenossenschaft klagend auf. Er beantragt: Der Beklagte sei schuldig, an die Klägerschaft die Summe von 15,000 Fr. sammt Verzugszins seit 1. Mai 1886 zu bezalen, indem er ausführt: Nach § 1 des zürcherischen Gesetzes betreffend die Erbschaftssteuer vom 27. Februar 1870 werde von allen im Kanton fällig werdenden Erbschaften und Vermächtnissen mit Ausnahme der in § 2 bezeichneten Fälle eine Steuer bezogen. Gemäß § 2 d leg. cit. seien von der Erbschaftssteuer ausgenommen „Vermächtnisse zu gemeinnützigen Zwecken oder an die öffentlichen Güter des Kantons oder der Gemeinden." Das Brunner'sche Legat zu Gunsten der schweizerischen meteorologischen Centralanstalt sei nun kein Legat zu gemeinnützigen Zwecken im eigentlichen Sinne des Wortes sondern ein solches zu Gunsten des Bundesvermögens i. e. der öffentlichen Güter des Bundes. Denn die schweizerische meteorologische Centralanstalt sei eine bloße statio fisci des Bundes, ohne den Cha-

rakter einer pia causa. Das Legat sei somit gemäß § 2 litt. d cit. von der Erbschaftssteuer nicht befreit. Ebensowenig handle es sich hier um eine dem Bunde auferlegte direkte Steuer, von welcher derselbe zufolge des Art. 7 des Bundesgesetzes über die politischen und polizeilichen Garantien der Eidgenossenschaft vom 23. Dezember 1851 (lautend: „Die Bundeskasse und alle unter der Verwaltung des Bundes stehenden Fonds sowie diejenigen Liegenschaften, Anstalten und Materialien, welche unmittelbar für Bundeszwecke bestimmt sind, dürfen von den Kantonen nicht mit einer direkten Steuer belegt werden") befreit wäre. Die Erbschaftssteuer werde nach dem Wortlaute des kantonalen Gesetzes nicht von den einzelnen Erben oder Legataren sondern von der Erbschaftsmasse erhoben, ähnlich wie eine Verkehrsgebühr bei Handänderungen und dergleichen; sie sei nicht sowohl eine Steuer vom Vermögen der Erben oder Legatare, als vielmehr ein Antheil des Staates als Mitgenuß des Erbfalles; jedenfalls sei sie keine direkte Steuer.

C. Der schweizerische Bundesrath trägt auf Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge an, indem er in eingehender Erörterung ausführt, daß einerseits es sich hier um ein Legat zu gemeinnützigen Zwecken handle, welches gemäß § 2 litt. d des zürcherischen Erbschaftssteuergesetzes von der Erbschaftssteuer befreit sei und daß andererseits die zürcherische Erbschaftssteuer eine wirkliche, unmittelbar den Erben oder Vermächtnißnehmer treffende, also eine direkte Steuer sei, mit welcher der Bund nach Art. 7 des Gesetzes vom 23. Dezember 1851 nicht belegt werden dürfe.

D. In Replik und Duplik sowie bei der heutigen Verhandlung halten die Parteien unter erneuter, eingehender Begründung an ihren Ausführungen und Anträgen fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist von keiner Partei bestritten worden; nach bekanntem Grundsatze muß indeß dieselbe von Amteswegen geprüft werden.

2. Die Parteien haben sich nicht darüber ausgesprochen, aus welcher Gesetzesbestimmung sie die Zuständigkeit des Bundes-

gerichtes ableiten. Es scheint indeß, dieselben gehen davon aus, die Streitsache falle unter Art. 27 des Organisationsgesetzes, wonach das Bundesgericht beurtheilt „civilrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bunde und einem oder mehreren Kantonen." Allein die Streitsache ist nicht civil- sondern öffentlich-rechtlicher Natur. Freilich geht das Klagebegehren auf eine Geldleistung; dies ist aber für die rechtliche Natur des Klageanspruches nicht entscheidend. Entscheidend ist vielmehr, daß nicht eine aus privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien, sondern eine aus der staatlichen Steuerhoheit des Kantons Zürich gemäß der bestehenden Steuergesetzgebung abgeleitete Forderung geltend gemacht wird; derartige Steuerforderungen gehören nach konstanter bundesrechtlicher Praxis, nicht dem Privat- sondern dem öffentlichen Rechte an. Unzweifelhaft wäre denn auch nach der Gesetzgebung des Kantons Zürich die vorliegende Erbsteuerstreitigkeit nicht als Civil- sondern als Verwaltungsstreitsache zu behandeln. Auch insoweit es sich darum handelt, ob nicht der beklagte Bundesfiskus durch Art. 7 des Bundesgesetzes betreffend die politischen und polizeilichen Garantien vom 23. Dezember 1851 von der streitigen Steuer befreit sei, liegt nicht ein Privatrechtsstreit vor. Allerdings hat das Bundesgericht stets festgehalten, daß eine durch besondere hoheitliche Verleihung einem Privaten oder einer Korporation und dergleichen ertheilte Steuerbefreiung ein Privatrecht des Eximirten begründe und daher den Gegenstand eines Civilprozesses bilden könne. Allein hier liegt dieser Fall nicht vor. Die vom Bunde in Anspruch genommene Steuerbefreiung gründet sich nicht auf eine besondere hoheitliche Verleihung (ein Privileg im engern juristischen Sinne des Wortes), sondern auf ein Gesetz, einen Rechtssatz des singulären Rechts, welcher ein Privatrecht des Bundesfiskus zu begründen nicht geeignet ist, wie er denn zweifellos, ohne jeden Eingriff in erworbene Rechte, vom Gesetzgeber jederzeit beseitigt werden könnte.

3. Handelt es sich also nicht um eine Civilstreitigkeit, so ist das Bundesgericht als Civilgericht nicht kompetent. Als Staatsgerichtshof sodann sind dem Bundesgerichte nach Art. 57 des Organisationsgesetzes wohl staatsrechtliche Streitigkeiten

zwischen Kantonen ganz allgemein zur Entscheidung zugewiesen, nicht aber solche zwischen Kantonen und Bund. Hier ist vielmehr die Kompetenz des Bundesgerichtes gemäß Art. 56 Abs. 1 des Organisationsgesetzes (Art. 113 Ziffer 1 der Bundesverfassung) auf die Beurtheilung von „Kompetenzkonflikten zwischen Bundesbehörden einerseits und Kantonalbehörden andrerseits" beschränkt. Ein solcher Kompetenzkonflikt liegt aber, zur Zeit wenigstens, nicht vor. Ein Kompetenzkonflikt setzt voraus, daß gemäß ausdrücklichem Beschlusse einer Bundesbehörde einer- und einer Kantonalbehörde andrerseits, zwischen Bund und Kanton die Ausdehnung der beidseitigen Hoheitsrechte bestritten sei, sei es mit Bezug auf die Befugniß, in einem einzelnen Falle zu verfügen oder zu entscheiden, sei es mit Bezug auf das Recht der Gesetzgebung oder Verordnung über eine bestimmte Materie. Diese Voraussetzungen sind hier offenbar nicht gegeben.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Klage wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

VI. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des particuliers ou des corporations d'autre part.

86. *Arrêt du 4 Novembre 1887 dans la cause Lambelet contre Vaud.*

Dans les conclusions de leur demande, maintenues dans leur réplique et renouvelées à l'audience de ce jour, les demandeurs Louis Lambelet à Forel, et Abram-Isaac Lambelet au Tronchet, anciens pionniers, ont requis qu'il plaise au

Tribunal fédéral prononcer par sentence avec dépens que l'Etat de Vaud est leur débiteur et doit leur faire prompt paiement à chacun d'une somme de trois mille deux cents francs avec intérêts au 5 % dès la demande juridique, à titre d'indemnité pour le dommage qui leur a été causé par leur révocation illégale et la publication insérée à leur égard dans la *Feuille des avis officiels*.

Dans sa réponse, l'Etat de Vaud a pris les conclusions suivantes, qu'il a également maintenues, soit dans sa duplique soit à l'audience hodierne :

Se déterminant sur les conclusions de la demande, vu la dénonciation d'instance à A. Ganty, voyer à Lutry, l'Etat de Vaud constate que la somme de 3200 francs est réclamée par chacun des demandeurs pour deux motifs distincts, à savoir :

a) une prétendue révocation illégale ;

b) la publication insérée à l'égard des demandeurs dans la *Feuille des avis officiels*.

I. Sur le premier chef, soit motif des conclusions des demandeurs, l'Etat de Vaud conclut avec dépens à libération des conclusions de la demande.

II. Sur le second chef, soit second motif des dites conclusions, l'Etat de Vaud, tant en son nom personnel qu'au nom de A. Ganty, voyer à Lutry, déclare offrir à chacun des deux demandeurs la somme de cent francs à titre de dommages-intérêts et frais.

Sous le bénéfice de cette offre, l'Etat de Vaud conclut avec dépens également à libération du surplus des conclusions de la demande.

Statuant en la cause et considérant en fait :

1° Les deux demandeurs ont rempli dans le canton de Vaud les fonctions de pionniers, soit cantonniers, Louis Lambelet depuis 1847, et Abram-Isaac Lambelet depuis 1881. Il n'est point contesté qu'ils ont été élus à ces fonctions pour quatre ans à partir du 1er Janvier 1883, conformément aux art. 1 et 2 de la loi vaudoise du 21 Mai 1878 sur la nomination des fonctionnaires publics.

En 1885, le canton de Vaud s'est donné une nouvelle constitution, portant la date du 1er Mars de dite année et contenant entre autres les dispositions suivantes :

« Art. 58. — L'administration de l'Etat est divisée en dé-
» partements. Chaque département est placé sous la direc-
» tion immédiate d'un membre du Conseil d'Etat.

» Les lois sur l'organisation du Conseil d'Etat et sur les
» attributions des départements seront revisées.

» Art. 98. — Le nombre des fonctionnaires de l'Etat sera
» réduit dans la limite des besoins des services publics. »

En application de ces dispositions constitutionnelles, le Grand Conseil du canton de Vaud a promulgué, le 13 Mai 1885, un décret portant entre autres :

« Art. 1er. — Des pouvoirs sont accordés au Conseil
» d'Etat :

. . . . . .

» *b*) pour la nomination des fonctionnaires et employés
» de l'Etat en dérogation des dispositions de l'art. 2 de la
» loi du 21 Mai 1878 sur la nomination et le traitement des
» fonctionnaires publics.

» Art. 2. Ces pouvoirs expireront de plein droit le
» 1er Mars 1886.

» Art. 3. Le Conseil d'Etat rendra compte au Grand Con-
» seil, dans la session ordinaire de Novembre 1885, de
» l'usage qu'il aura fait des pouvoirs qui lui sont conférés
» par le présent décret. »

Sous date du 24 Octobre 1885, le Conseil d'Etat, en exécution de ce décret, a pris un arrêté portant entre autres :

« Art. 1er. — Provisoirement et jusqu'à l'adoption des lois
» organiques, l'administration cantonale est réorganisée ainsi
» qu'il suit :

» Art 44. — Le Département des Travaux publics s'occupe
» définitivement et sans en référer au Conseil d'Etat :

. . . . . .

» 2° De la nomination et du renvoi des fonctionnaires et
» des employés subalternes des Travaux publics.

» Art. 79. — Le personnel du service de l'entretien se

» compose de . . . . . .

» *b*) un certain nombre de cantonniers dont les salaires » sont fixés par la loi.

» Art. 96. — Tous les fonctionnaires et employés dont la » nomination est attribuée par la loi au Conseil d'Etat ou à ses » départements cesseront leurs fonctions le 31 Décembre » prochain.

» Il sera pourvu à leur remplacement, conformément au » présent arrêté et par voie de concours, dans le courant de » Novembre prochain.

» Les fonctionnaires et employés actuellement en charge » seront considérés d'office comme postulants aux fonctions » nouvelles.

» Art. 97. — Toutes les dispositions des lois, décrets, ar- » rêtés et règlements, contraires à celles du présent arrêté, » sont provisoirement rapportées.

» Art. 98. — Les départements sont chargés de l'exécution » du présent arrêté, qui sera exécutoire dès et compris le » 1er Janvier 1886. »

Cet arrêté fut approuvé par le Grand Conseil dans sa session de Novembre 1885.

Les 24 et 30 Novembre 1885, le Conseil d'Etat procéda à la nomination provisoire des voyers de district. Celui du district de Lavaux ne fut pas réélu et remplacé provisoirement par Alexis Ganty, à Lutry : communication de ce remplacement fut faite par lettre du président du Conseil d'Etat aux intéressés. A. Ganty entra en fonctions, le 1er Janvier 1886, conformément à l'art. 96 de l'arrêté du 24 Octobre précité. Dans la première quinzaine du dit mois, les livrets de service des pionniers pour 1886 furent envoyés aux titulaires par le voyer.

En date du 23 Janvier 1886, le chef du Département des Travaux publics décida « de ne pas réélire les pionniers des divisions 7, 9, 11 et 14 et à confirmer à *titre provisoire* tous les pionniers des autres divisions du district de Lavaux. »

Par lettre du 25 dit, le chef du Département avise le voyer Ganty « de la réélection, » à titre provisoire, de tous les pion-

niers du dit district, à l'exception de quatre (parmi lesquels les deux demandeurs) « qui ne sont pas réélus et qui cesse-
» ront leurs fonctions le 31 Janvier courant. »

Par lettre du 26 dit, le voyer Ganty avise les pionniers non réélus que « Ensuite de l'ordre du Département du 25
» courant, leurs fonctions cesseront à partir du 31 du même
» mois. »

Le même fonctionnaire fit paraître dans la *Feuille des avis officiels* du 29 Janvier 1886 la publication suivante :

« Les places de pionniers pour le district de Lavaux, divi-
» sions 7, 9, 11 et 14 étant devenues vacantes par suite de
» destitution des titulaires, un concours est ouvert pour y
» repourvoir.

» Le voyer, A. Ganty. »

Par lettre du 2 Février 1886, l'ex-pionnier Louis Lambelet expose au Département que « venant d'être destitué de ses
» fonctions » et étant père de dix enfants vivants, etc., il demande à être mis au bénéfice de l'art. 36 du règlement pour les pionniers, lequel dispose que lorsqu'un de ces employés a été remplacé pour motif d'âge ou d'infirmités, il peut lui être accordé une gratification qui sera réglée, dans chaque cas particulier, en ayant égard au temps de son service, à la manière dont il s'est conduit et à sa position de fortune.

Le département ayant demandé le préavis du préfet de Lavaux, ce fonctionnaire déclare, en résumé, que les enfants de Lambelet sont tous élevés ; que leur père est à l'abri de la misère et n'a pas besoin de sa place pour vivre ; enfin, que Lambelet est un incorrigible buveur d'eau-de-vie et un grossier personnage, qui a toujours lutté pour renverser, selon son expression, le gouvernement, et qui, pour témoigner son aversion au préfet, lui tournait le dos lorsque ce magistrat passait sur la route.

Par décision du 9 Février, le Département repoussa la demande du sieur Lambelet, ce dont celui-ci fut avisé par lettre du voyer du 11 dit.

Dans la séance du Grand Conseil du 22 Mars suivant, le député Ponnaz interpella le Conseil d'Etat sur la récente

destitution des quatre pionniers en question, estimant que cette mesure ne se justifiait point en présence de l'art. 63 de la constitution vaudoise, et de la manière dont ces employés avaient rempli leurs fonctions jusqu'alors.

Dans la séance du lendemain, le chef du Département des Travaux publics répond que le prédit article n'était pas applicable aux dits pionniers, lesquels étaient soumis à l'art. 34 du règlement du 1er Juillet 1875, et dès lors révocables en tout temps, et que cette révocation a eu lieu ensuite du préavis du voyer du district; le chef du Département se réfère d'ailleurs aux pouvoirs donnés au Conseil d'Etat, jusqu'au 1er Mars 1886, par le décret du 13 Mai 1885.

L'interpellant ne s'étant pas déclaré satisfait de cette réponse, il s'ensuivit une nouvelle discussion dans le sein du Grand Conseil, à la suite de laquelle fut adopté un ordre du jour du député Paschoud, conformément auquel « le Grand » Conseil, admettant la réponse donnée par le Conseil d'Etat » à l'interpellation de M. Ponnaz-Léderrey, passa à l'ordre » du jour. »

A l'appui de cet ordre du jour, le député Paschoud fit observer qu'au mois de Janvier 1886, tous les agents de l'Etat avaient leurs fonctions suspendues, que le Conseil d'Etat avait le droit sans autre explication de les réélire ou de les révoquer, et que la révocation des quatre pionniers n'aurait pu être considérée comme une peine prévue par leur règlement que si elle avait eu lieu pendant la durée du temps de leurs fonctions, ce qui n'a pas été le cas.

Les autres orateurs ayant pris part à la discussion estimèrent en revanche qu'il s'agissait d'une destitution ou révocation tombant sous le coup de la garantie de l'art. 63 de la constitution cantonale.

Sous date du 22 Janvier 1887, les sieurs Louis et Abram-Isaac Lambelet ouvrirent à l'Etat de Vaud, devant le Tribunal fédéral, l'action civile dont les conclusions ont été plus haut reproduites.

A l'appui de leur demande, ils font valoir en substance :

Les demandeurs font partie des fonctionnaires ou em-

ployés publics auxquels s'applique l'art. 63 de la Constitution vaudoise, statuant qu'aucun agent du Conseil d'Etat ne peut être révoqué que par un arrêt motivé et qu'après avoir été entendu : or les sieurs Lambelet n'ont été l'objet d'aucun arrêt de ce genre et ils n'ont jamais été entendus. Leur révocation et dès lors injustifiée et les autorise à demander des dommages-intérêts. La constitutionnalité soit du décret du Grand Conseil du 13 Mai 1885, soit de l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 Octobre de la même année n'est pas contestée, mais ils ne confèrent au Conseil d'Etat, soit à ses départements, que le droit de procéder, dans le courant de Novembre, ou au plus tard jusqu'à fin Décembre 1885, au renouvellement des fonctionnaires et employés. Or cela n'a pas eu lieu, et les demandeurs doivent être considérés comme ayant été confirmés pour les années 1886 à 1889, d'autant plus qu'ils ont reçu leurs carnets de service pour l'année 1886. A partir du 1er Janvier 1886, ils ne pouvaient être révoqués que dans les formes prévues à l'art. 63 de la Constitution cantonale; comme cela n'a pas eu lieu, ils ont le droit de demander le paiement de leur traitement pour les quatre années, lequel s'est élevé en 1885 à 376 francs pour Louis Lambelet, et à 360 francs pour Abram-Isaac Lambelet.

En outre les demandeurs ont subi un grave préjudice moral et matériel par la manière dont les autorités ont annoncé leur révocation. La destitution est une peine infligée par les tribunaux seulement, au fonctionnaire reconnu coupable d'un délit prévu par les lois pénales ; la publication qui a paru dans la Feuille officielle du 29 Janvier 1886 constitue une vraie diffamation des demandeurs.

Au point de vue du droit, la demande s'appuie sur la loi du 25 Novembre 1863 sur la responsabilité du Conseil d'Etat, qui ouvre un droit d'action contre l'Etat à toute personne lésée par un acte illicite de l'administration, et sur les art. 50 et 55 C. O.

L'Etat de Vaud évoqua en garantie le voyer Ganty, ensuite de la dite publication. Ce fonctionnaire reconnut s'être servi

à tort, dans l'annonce incriminée, du terme « destitution » et il offrit de ce chef à chacun des demandeurs une somme de cent francs à titre de dommages-intérêts. L'Etat fit sienne cette offre, en reconnaissant sa responsabilité pour le dommage que le voyer pourrait avoir causé dans l'exercice de ses fonctions.

La partie défenderesse conclut d'ailleurs au rejet de la demande, en se fondant sur ce que les demandeurs n'avaient été ni destitués, ni révoqués, mais simplement non réélus ou non confirmés. Les pleins pouvoirs conférés au Conseil d'Etat par le décret du 13 Mai 1885 n'expiraient que le 1er Mars 1886, et il n'est point exact que les demandeurs aient été confirmés pour quatre ans avant le 1er Janvier 1886. La nomination de tous les pionniers du district de Lavaux n'a eu lieu que le 21 dit ; ceux d'entre ces fonctionnaires qui ont été confirmés à cette date ne l'ont été que provisoirement ; la nomination définitive de tous les fonctionnaires et employés n'a eu lieu qu'après l'adoption de la loi du 11 Mars 1886 sur l'organisation du Conseil d'Etat. La non-réélection des demandeurs était absolument légale et constitutionnelle, et ceux-ci n'ont aucun doit à leur traitement pendant 4 ans : les carnets de service leur ont été remis au commencement de Janvier 1886, parce que le montant de leurs journées ne pouvait leur être payé que sur la présentation de ces carnets. La réélection des pionniers a été renvoyée jusqu'en Janvier, par le motif que le préavis du voyer, lequel n'est entré en fonctions que le 1er du dit mois, était nécessaire à cet effet. En outre la publication de l'avis du 29 Janvier 1886 n'a causé aucun dommage aux demandeurs ; leurs noms n'y figurent pas même, et ils n'est point exact de prétendre que la destitution ne peut être prononcée que par les tribunaux de l'ordre pénal : cette expression est souvent employée comme synonyme de révocation. Le voyer Ganty explique d'ailleurs l'usage de ce terme dans l'avis incriminé, par le fait qu'il a simplement copié un avis semblable, émané du voyer d'Avenches, et dans lequel l'expression de destitution se trouvait employée.

Les demandeurs ont repoussé, comme tardive et insuffisante, l'offre de 200 francs qui leur était faite.

Considérant en droit :

1° D'après la législation vaudoise, le rapport qui existe entre les pionniers ou cantonniers et l'Etat n'est point, — comme les deux parties paraissent d'ailleurs le reconnaître, — un rapport de droit privé, mais bien de droit public. Par conséquent, et conformément à l'art. 349, chiffre 1, C. O., il n'est point régi par les dispositions de ce code relatives au louage de services, mais soumis aux dispositions du droit public cantonal sur la matière. Ce n'est point la nature des fonctions qui est décisive en vue de la question de savoir si un semblable rapport relève du domaine du droit privé ou de celui du droit public, mais ce caractère public résulte bien plutôt du fait qu'il existe, à titre public, et non privé, une obligation légale de remplir les dites fonctions vis-à-vis de l'Etat ou de la Commune, ou encore de ce que le rapport en question se trouve réglé par des lois ou arrêtés de droit public, de telle façon que la nomination aux dites fonctions apparaît comme un acte émanant de l'autorité exécutive, non en sa qualité de représentante du fisc, mais comme organe de la souveraineté de l'Etat ; les devoirs des fonctionnaires apparaissent comme des obligations de droit public, dont l'accomplissement ne doit point être poursuivi par la voie d'une action civile. Or tel est incontestablement le cas en ce qui a trait aux pionniers, ainsi que cela résulte de la loi vaudoise sur les travaux publics du 6 Février 1869, art. 86 à 91, du règlement pour les pionniers du 1er Juillet 1873, de la loi sur les routes du 23 Mai 1864, art. 1, 10, 12 et 16, des lois et arrêtés sur l'organisation du Conseil d'Etat et de ses Départements (loi du 20 Février 1863, arrêté du 24 Octobre 1885 et loi organique du 13 Mars 1886). D'ailleurs diverses dispositions de la loi sur les travaux publics précitée (art. 81-90), ainsi que du règlement pour les pionniers confèrent à ces employés, en dehors de ce qui a trait au travail d'entretien des routes, l'exercice de la police de la voirie, attributions rentrant dans le domaine du pouvoir

public de l'Etat. Les parties reconnaissent également que soit la loi du 21 Mai 1878 sur la nomination et le traitement des fonctionnaires, modifiée par l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 Octobre 1885 réorganisant provisoirement l'administration cantonale, soit la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat du 13 Mars 1886 sont applicables aux pionniers.

2° Il ne suit toutefois point de la nature du droit public, du rapport susvisé, qu'il ne puisse entraîner des conséquences de droit privé. Le Tribunal fédéral a au contraire toujours admis qu'au nombre de ces dernières, il y a lieu de faire figurer le droit au *traitement*, et il n'existe aucun motif pour revenir de cette opinion. Mais, d'après ce qui vient d'être dit, le traitement apparaît non point comme la rémunération d'un louage de services, mais bien plutôt comme *l'équivalent légal* d'un service public. Il en résulte que ce n'est qu'à raison de ses fonctions que le fonctionnaire ou l'employé a droit à son traitement et que la cessation légale des dites fonctions entraîne de droit la perte de ce traitement.

En égard à la nature privée du droit au traitement, les tribunaux civils, lorsqu'une telle prétention est poursuivie devant eux, ont à examiner, conformément à la compétence qui leur appartient d'après les règles générales du droit, et dans les limites tracées par l'arrêt Ladame contre Neuchâtel (Rec. off. Vol. XII, 708 s. s.) si la cessation des fonctions a été prononcée ensuite d'un motif légal, et cela bien que les causes mettant fin aux dites fonctions soient déterminées par le droit public. (V. aussi arrêt du Trib. féd., Grisons contre Coire, du 10 Avril 1880, VI, p. 190.)

3° A ce point de vue, le juge doit, in casu, examiner si le renvoi des demandeurs se justifie au point de vue du droit public applicable, ainsi que la cessation de traitement qui est la conséquence de ce renvoi.

4° Or il est incontesté que les demandeurs ont été réélus en 1882, conformément aux dispositions de la loi sur la nomination et le traitement des fonctionnaires publics du 21 Mai 1878, pour une nouvelle période de fonctions de 4 ans, à partir du 1er Janvier 1883, en qualité de pionniers

pour le district de Lavaux. Il est également constant que la constitution cantonale du 1er Mars 1885 contient à ses art. 58, 96 et 98 des dispositions portant que les lois sur l'organisation du Conseil d'Etat et de ses Départements seront revues dans le délai d'une année dès la mise en vigueur de la dite constitution, et que le nombre des fonctionnaires de l'Etat sera réduit dans la limite des besoins des services publics ; en outre le Grand Conseil, par décret du 13 Mai 1885, a conféré au Conseil d'Etat des pouvoirs, expirant le 1er Mars 1886, pour la nomination des fonctionnaires et employés de l'Etat, en dérogation des dispositions de l'art. 2 de la loi du 21 Mai 1878 sur la nomination et le traitement des fonctionnaires publics ; de plus, le Conseil d'Etat, en application de ces pouvoirs, a pris, le 24 Octobre 1885, un arrêté réorganisant provisoirement l'administration cantonale et statuant, à son art. 96, que tous les fonctionnaires et employés de l'Etat cesseront leurs fonctions le 31 Décembre suivant et qu'il sera pourvu à leur remplacement dans le courant de Novembre même année. Il est enfin reconnu expressément par les demandeurs que cet arrêté leur était applicable, et qu'il était constitutionnel, ainsi que le décret du Grand Conseil du 13 Mai 1885, sur lequel il se base.

5° Aussi la demande ne se fonde-t-elle pas, d'après les pièces de la cause, sur le motif que les demandeurs auraient été renvoyés avant l'expiration de la prédite période de 4 ans, pour laquelle ils avaient été réélus à partir du 1er Janvier 1883, mais sur l'allégation qu'ils auraient été réélus, en 1885, pour une nouvelle période de 4 années à partir du 1er Janvier 1886, qu'ils doivent être considérés comme confirmés pour ce laps de temps et ont été révoqués illégalement et avant son expiration.

Cette allégation est toutefois dénuée de fondement. Les demandeurs n'ont pas même positivement prétendu, et encore moins démontré ou même offert de prouver qu'ils aient été l'objet d'une réélection dans le courant du mois de Novembre ou de Décembre 1885, c'est-à-dire d'une décision prise par le chef du Département des Travaux publics. La

question à résoudre est dès lors celle de savoir si le fait de l'absence de toute décision du Département antérieure au 1er Janvier 1886, et ayant pour effet d'éloigner les demandeurs de leurs fonctions, rapproché de la circonstance que ceux-ci ont reçu leurs livrets pour la dite année, doit être considéré comme une confirmation ou réélection tacite des dits pionniers dans leurs fonctions pour une nouvelle période quadriennale.

6° Cette question doit être résolue négativement. Il y a lieu de remarquer qu'alors il ne pouvait s'agir que de nominations *provisoires* : l'art. 1er de l'arrêté du 24 Octobre 1885 ne prévoit que la réorganisation *provisoire* de l'administration et ne fixe aucune durée de fonctions, conformément du reste au décret du Grand Conseil du 13 Mai 1885 dérogeant à l'art. 2 de la loi du 21 Mai 1878, et d'accord avec les articles 96 et 98 de la constitution cantonale, lesquels édictent la revision, dans le délai d'une année, de la loi sur l'organisation de l'administration cantonale et la réduction du nombre des fonctionnaires de l'Etat : le décret et l'arrêté susvisés avaient évidemment pour but de préparer l'exécution des prescriptions constitutionnelles ci-haut rappelées, la promulgation de la loi organique nouvelle, publiée en Mars 1886, et les nominations prévues par cette loi. C'est pour cette raison que l'expiration des fonctions de tous les employés de l'Etat fut fixée au 31 Décembre 1885, et que la réorganisation provisoire des services de l'Administration ne comporta que la nomination d'employés provisoires. Il est établi au dossier que le voyer Ganty lui-même n'a été élu en Novembre 1885 que provisoirement, ainsi que les pionniers en Janvier 1886, et l'allégation de la partie défenderesse, que tous les fonctionnaires de l'Etat n'avaient été nommés alors que provisoirement et ne l'ont été définitivement qu'après l'entrée en vigueur de la loi du 13 Mars 1886, n'a d'ailleurs point été contestée.

7° En présence de ces faits, on pourrait seulement se demander si les sieurs Lambelet doivent être considérés comme confirmés provisoirement jusqu'au moment de la nomination

définitive de tous les fonctionnaires et employés. Il y a lieu d'observer à cet égard que le renouvellement implicite de fonctions par une sorte de tacite reconduction comme le droit civil l'admet en matière de louage d'ouvrage (C. O. 342), est étranger au droit public, en particulier à celui du Canton de Vaud, lequel exige, à cet effet, à l'expiration du terme légal des fonctions publiques, un acte exprès de nomination de l'autorité compétente, ainsi qu'il appert avec certitude de l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 Octobre 1883, conformément aux lois du 21 Mai 1878 et du 13 Mars 1886.

Aux termes de l'art. 96 de l'arrêté du 24 Octobre 1885, les fonctions des demandeurs cessaient de plein droit le 31 Décembre 1885, et la circonstance qu'à cette date ces fonctions n'avaient pas encore été repourvues, a pour seule conséquence qu'à partir de ce moment elles se trouvaient dépourvues de titulaires légaux.

8° L'allégation formulée à l'audience de ce jour seulement et consistant à dire que les demandeurs, lors de confirmations antérieures, n'avaient pas reçu communication de leurs nominations nouvelles, ne saurait être examinée, pour cause de tardiveté. A supposer d'ailleurs cet allégué exact, il n'en résulterait nullement que le Départemet n'ait pas statué, par voie de décision, dans chaque cas particulier.

La remise aux demandeurs d'un livret de service, en date du 11 Janvier 1886, pouvait d'autant moins remplacer un acte de nomination, que rien ne démontre que cette remise ait eu, dans l'intention du chef du Département, la signification d'une confirmation d'emploi, et qu'au contraire toutes les circonstances de la cause doivent faire exclure une pareille interprétation. Cette intention ne résulte pas davantage du fait que le voyer Ganty a, avec ou sans l'agrément du Département, inscrit les noms des demandeurs sur les dits livrets de service : il était en effet indispensable que les demandeurs fussent en possession d'un semblable livret, attendu qu'à teneur de l'art. 24 de leur règlement du 1er Juillet 1873, les pionniers sont tenus d'y consigner chaque jour l'emploi qu'ils ont fait de leur journée, et que le paiement du salaire

n'est effectué que sur la présentation de ce livret, visé par le voyer (ibid. art. 27). Selon toute probabilité, le chef du Département et le voyer Ganty ont admis, par erreur, que les demandeurs, et, d'une manière générale, que tous les pionniers devaient rester en fonctions, malgré la disposition de l'art. 96 de l'arrêté du 24 Octobre 1885, jusqu'à ce que le Département ait rendu une ordonnance expresse à leur égard. Au reste, une confirmation seulement *provisoire* n'eût, vu son caractère, point empêché le Département de renvoyer les demandeurs pour la fin de Janvier 1886. La signification que ces derniers peuvent avoir attachée à la remise de leur livret est incertaine, et n'est d'ailleurs aucunement décisive, pas plus que l'ignorance où ils se seraient trouvés de l'arrêté du 24 Octobre 1885, ainsi que de la disposition qui l'a motivé : la signification de ces faits au regard des prescriptions légales, et en présence des circonstances de la cause, importe seule, et elle résulte des considérations ci-dessus.

Il ressort de tout ce qui précède que la demande doit être repoussée, en tant qu'elle se base sur ce que les sieurs Lambelet auraient été illégalement privés de leur emploi de pionniers.

9° Dans son plaidoyer de ce jour, le conseil des demandeurs a fait valoir que ses clients avaient été confirmés pour 4 ans à partir du 1er Janvier 1883, et il en infère que leur mise à pied à partir du 31 Janvier 1886 implique une atteinte aux droits privés résultant pour eux de cette confirmation, c'est-à-dire au droit de percevoir leur salaire du 1er Février au 31 Décembre 1886, moment où leurs fonctions expiraient de plein de droit.

Ainsi qu'il a été dit plus haut (consid. 5), il résulte des pièces de procédure émanées de la partie demanderesse que les conclusions à fin d'indemnité, par elles formulées, reposent non point sur le fait à la base de l'argumentation qui précède, mais qu'elles sont fondées exclusivement sur l'affirmation qu'ayant été réélus en 1886, les demandeurs auraient été, fin Janvier de dite année, victimes d'une destitution arbitraire. Il n'y a pas lieu dès lors, pour le Tribunal de céans,

de discuter ce moyen nouveau, en présence des art. 45 et 46 de la procédure civile fédérale, dont le premier exige entre autres que tous les moyens à l'appui de la demande doivent être présentés simultanément. Il y a d'autant moins lieu de le faire que les demandeurs, ainsi qu'on l'a vu, n'ont aucunement révoqué en doute la constitutionnalité de l'arrêté du 24 Octobre 1885.

10° Dans sa seconde partie, la demande se fonde sur le grave préjudice moral et matériel que les sieurs Lambelet auraient subi du fait que la *Feuille des avis officiels*, en mettant au concours les places de pionniers occupées par les demandeurs, disait que les titulaires avaient été destitués : or cet acte illicite de l'Administration mettrait les dits demandeurs, dans leur opinion, au bénéfice des dispositions des art. 50 et 55 C. O.

Il est vrai que l'expression destitution appliquée à la mesure dont les demandeurs ont été l'objet est impropre vis-à-vis d'une simple non-réélection, et qu'en général on entend par destitution le retrait d'emploi pendant la durée des fonctions, prononcée dans la règle ensuite de grave manquement au devoir, de crime ou de délit, et qu'il apparaît dans ce cas comme une peine de nature à faire déchoir dans l'estime de ses concitoyens celui qu'elle frappe. Mais il n'est point exact de prétendre que la destitution ne puisse être prononcée que par le juge pénal : elle peut être appliquée aussi administrativement par l'autorité supérieure : bien que la loi se serve dans ce cas du terme « révocation, » il ne s'ensuit pas que celui de destitution ne soit fréquemment et indifféremment employé à sa place. C'est dans ce sens que s'en est servi le demandeur L. Lambelet lui-même, lequel, dans sa lettre du 2 Février 1886, se plaint d'avoir été « destitué » de ses fonctions.

Dans la discussion des 22 et 23 Mars suivant, plusieurs orateurs, dans le sein du Grand Conseil, ont également taxé de destitution la décision incriminée. (V. les discours de MM. Ponnaz, Boiceau, de Gingins et de Meuron). C'est donc à tort que les demandeurs prétendent avoir été

désignés au public, par l'annonce de la Feuille officielle, comme des personnes qui auraient été punies ensuite d'un crime ou délit réprimé par la loi pénale.

11° En revanche, cet avis était de nature à faire admettre par le public que les demandeurs avaient été privés de leurs fonctions par mesure disciplinaire de l'autorité supérieure, alors qu'en réalité ils avaient seulement été non réélus.

Ce fait implique à leur préjudice un acte illicite, reconnu d'ailleurs par la partie défenderesse, et qui oblige celle-ci à le réparer, bien que, comme le conseil du demandeur l'a expressément reconnu aujourd'hui, ce dommage n'ait pas été causé intentionnellement par le voyer Ganty, auteur de l'avis en question, et qu'il ne s'agisse que d'une négligence de ce fonctionnaire.

En ce qui concerne le montant de l'indemnité à allouer à raison de ce fait, rien dans la cause ne permet d'admettre qu'un dommage matériel, à réparer aux termes de l'art. 51 C. O., ait été causé aux demandeurs. Rien, en particulier, n'autorise à supposer que l'avis publié dans la Feuille officielle les aurait empêchés d'obtenir une autre occupation, ni que leur gain se soit trouvé amoindri de ce chef.

Une atteinte d'une certaine gravité n'en a pas moins été portée aux demandeurs par la publication dont il s'agit : bien que cette atteinte ne se soit pas traduite à l'égard de ceux-ci en une souffrance physique ou en une douleur morale considérable, la partie défenderesse ne leur en doit pas moins une équitable réparation, aux termes de l'art. 55 C. O.

En prenant en considération l'ensemble des faits de la cause, la somme de 100 francs offerte par le voyer Ganty, soit par l'Etat de Vaud à chacun des demandeurs n'apparaît pas comme un équivalent suffisant, et le Tribunal de céans, faisant usage de la liberté d'appréciation que lui confère la loi, estime qu'il se justifie de la porter au double. Cette somme de 200 francs constitue une indemnité équitable, en présence du fait que les demandeurs n'ont jamais fait la moindre démarche pour obtenir une rectification de l'avis publié par le voyer, ce qui prouve qu'ils n'ont jamais attaché

à cette publication l'importance que la demande lui attribue.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'Etat de Vaud est condamné à payer à chacun des demandeurs, Louis Lambelet et Abram-Isaac Lambelet, la somme de deux cents francs, avec intérêts à 5 % dès le 1er Février 1887, à titre d'indemnité, pour le dommage à eux causé par la publication insérée à leur égard dans la *Feuille des avis officiels*.

I. Alphabetisches Sachregister.

A

Abstammung, eheliche, als Zutheilungsgrund in Heimatlosensachen 469 ff.
Abtretung von Forderungen s. Cession.
Abwesende, Vertragsabschluss zwischen 196 ff.
Adhäsion der Civil- an die Strafklage. Gerichtsstand 386 f.
Administrativbehörden, Kompetenzen 340 ff., 540 ff.
— des Bundes, Kompetenzen · 9 ff., 20 Erw. 2, 125 ff. Erw. 5, 147 ff. Erw. 5, 172 Erw. 2, 179 ff.
— Streitsachen 340 ff., 540 ff.
Advokatur, Berechtigung zur, ist kantonalrechtlich geordnet 4 ff.
Aktiengesellschaften, Besteuerung 20 f.
Aktivbürgerrecht 5 Erw. 3.
Aktivlegitimation s. Legitimation zur Sache, aktive.
Anerkennung der Vaterschaft 42 f.
Anerkennungsklage s. Feststellungsklage.
Angebot s. Antrag.
Annahme (eines Vertragsantrags) oder neues Angebot? 199 Erw. 5.
Annahmeverzug 69 Erw. 3 ff.
Antrag (Vertrags-) oder einseitige Rechtshandlung? 197 ff. Erw. 3 ff.
— neuer oder Annahme? 194 Erw. 5.
Anweisung (an den Verwahrer), Besitzübergabe durch 313 Erw. 3.
Anwendung des Rechtes in örtlicher Beziehung 74 Erw. 2, 355 Erw. 2, 469 ff., 503 Erw. 2.
— — — — zeitlicher Beziehung 239 ff. Erw. 3 ff., 244 f. Erw. 3, 332 Erw. 6, 470 Erw. 2, 472 Erw. 5, 495 ff. Erw. 2 ff., 520.

Appellation s. Weiterziehung.
Armengenössige, Freiheitsbeschränkungen 446 ff.
Armenrecht in der bundesgerichtlichen Instanz 43 Erw. 2, 475 Erw. 2.
— im Strafprozess 253 ff.
Armenunterstützungspflicht des Heimatkantons 415 ff.
Arrest 14 f., 159, 163 f., 354 ff.
Arrestklage auf Beseitigung eines Vindikationsanspruches ist keine persönliche Klage 159.
Aufrechtstehender Schuldner 163 f.
Ausländer, Berechtigung zum staatsrechtlichen Rekurs 386 Erw. 1, 425 Erw. 1.
— Testirbefugniss 486 ff.
Ausland, Beziehungen s. Staatsverträge.
Auslegung von Verträgen 67 Erw. 2 ff.
Auslieferung nach Staatsverträgen 300, 458 ff.
— — — mit Deutschland 300 f.
— — — mit Frankreich 458 ff.
— — — Auslieferungsbegehren, Legitimation zum 301 f. Erw. 2.
— — — Auslieferungsverbrechen 301 ff. Erw. 2 ff., 458 ff.
— — — Kompetenz des Bundesgerichtes 300 f.
— — — Strafbarkeit der That im Inlande 302.
— — — Verjährung der Strafverfolgung 300 ff.

B

Baubeschränkungen s. Eigenthumsbeschränkungen.
Beamtenverhältniss oder Dienstmiethe? 530 ff.
— rechtliche Natur des Besoldungsanspruches aus 347 ff.
— stillschweigende Erneuerung? 531 ff., 534.
Bereicherung 522.
Berufung s. Weiterziehung.
Beschlagnahme s. Arrest.
Beschwerde s. Rekurs.
Besitzerwerb an beweglichen Sachen 74 ff., 221, 311 ff.
— durch Anweisung an den Verwahrer 313 Erw. 3.
— durch Stellvertreter 74 Erw. 3 ff., 224 ff. Erw. 3 ff.
— durch den Veräusserer als Stellvertreter 224 ff. Erw. 3 ff.

Besitzerwerb durch Uebergabe 224 f. Erw. 3.
— — von Lagerscheinen 312 f. Erw. 2.
Besteuerung s. Doppelbesteuerung und Steuerwesen.
Betrug, Anspruch aus 491 ff.
— Einrede des 504 f. Erw. 4.
Bewegliche Sachen. Besitz- und Eigenthumsübertragung 74 ff., 221 ff., 311 ff.
— Kauf s. Mobiliarkauf.
Beweislast bei Schadenersatzforderung wegen Vertragsbruch 308 f. Erw. 4.
Bezugsscheine, rechtliche Natur 312 f. Erw. 2.
Bigamie s. Doppelehe.
Blanket beim Wechsel s. Wechsel.
Blankoindossirter eigener Wechsel an eigene Ordre 230 ff.
Blumensuchen 437 ff.
Börsengeschäfte s. Differenzgeschäfte.
Bürgerrecht, kantonales 331 Erw. 5.
von Ehefrau und Kindern aus Putativehe 331 ff. Erw. 6 ff.
Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone 328 Erw. 2.
— Stellung der betheiligten Kantone bei solchen 330 ff. Erw. 4 u. 5.
Bürgschaft, Form 88 ff.
Bund, Civilstreitigkeiten mit Kantonen 540 ff.
— Gesetzgebungsrecht betreffend das Obligationenrecht 171 ff. 432.
— Kompetenzkonflikte mit Kantonen 541 f. Erw. 3.
— Oeffentlich-rechtliche Streitigkeiten mit Kantonen 540 ff.
Bundesgericht, Kompetenz, staatsrechtliche Streitigkeiten im Allgemeinen 5 Erw. 3, 9 ff., 101 ff., 109 Erw. 2, 125 ff. Erw. 5, 147 ff. Erw. 5, 163 Erw. 1, 166 Erw. 1, 172 Erw. 2, 173 Erw. 3, 179 ff., 184 Erw. 1, 253 f. Erw. 1, 261 Erw. 1, 275 f., 289 Erw. 4, 293 Erw. 2, 295 Erw. 5, 354 ff., 372 f. Erw. 2, 380, 398 Erw. 2, 407 Erw. 1, 425 Erw. 1 ff., 427 Erw. 4, 432 Erw. 3, 437 ff., 443 Erw. 3, 541 f. Erw. 3.
— Auslieferung nach Staatsverträgen 300 Erw. 1.
— Doppelbesteuerung 109 Erw. 2.
— Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen 541 f. Erw. 3.
— Rechtsverweigerung 354 ff., 361 f.

Bundesgericht, Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen 407 Erw. 1, 415 ff.
— Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen 541 Erw. 3.
— — Verfassungsverletzungen:
a) Bundesverfassung 9 ff., 20 Erw. 2, 125 ff. Erw. 5, 147 ff. Erw. 5, 166 Erw. 1, 172 Erw. 2, 179 ff., 432 Erw. 3, 438 Erw. 3.
b) Kantonsverfassungen 9 ff. Erw. 3, 179 ff.
— — Bundesgesetze 184 Erw. 1, 293, 425 Erw. 1, 432 Erw. 3, 438 Erw. 3.
— — — privatrechtlichen Inhaltes 293 Erw. 2, 432 Erw. 3, 438 Erw. 3.
— — Staatsverträge 125 ff. Erw. 5, 147 ff. Erw. 5, 295 Erw. 5, 300 Erw. 1.
— — Bürgerrechtsstreitigkeiten 328 Erw. 2.
— — Civilstreitigkeiten als einzige Instanz 328 Erw. 2, 340 ff., 347 ff., 415 ff., 530 ff., 540 ff.
— — — Prüfung der Kompetenz ex officio 340 f., 540 Erw. 1.
— — — als Oberinstanz 38 ff., 42 f., 61 Erw. 2, 74 Erw. 2, 78 ff. Erw. 2 ff., 81 Erw. 4, 184 Erw. 1, 186, 201 f. Erw. 2, 206 Erw. 2, 239 Erw. 2, 239 f. Erw. 3, 239 ff. Erw. 4 ff., 244 f. Erw. 2 ff., 248 f. Erw. 2, 275 f., 316 Erw. 2, 437 Erw. 1, 488 ff. Erw. 3 ff., 495 ff. Erw. 2 ff., 509 ff. Erw. 2 ff., 519 ff.
— — — — Prüfung der Kompetenz ex officio 38 Erw. 1.
— — in Fällen die blos theilweise nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden 488 ff. Erw. 3 ff.
— — Prorogation ist in staatsrechtlichen Sachen ausgeschlossen 340 Erw. 1.
Bundesgesetz betreffend Arbeit in den Fabriken 211 ff.
— — Bau und Betrieb der Eisenbahnen 279 f.
— — Civilstand und Ehe 42 f., 184 f., 188 ff., 322 ff.
— — Haftpflicht der Eisenbahnen, etc. bei Tödtungen und Verletzungen 47 ff., 51 ff., 56 ff., 473 ff., 476 ff.
— — — aus Fabrikbetrieb 59 ff., 481 ff.
— — Heimatlosigkeit 469 ff.
— — Obligationenrecht 4 Erw. 1, 65 ff., 71 ff., 76 ff., 82 ff., 88 ff., 172 Erw. 2, 193 ff., 200 ff., 205 ff., 211 ff., 216 ff., 221 ff., 230 ff., 235 ff., 243 ff., 246 ff., 304 ff., 311 ff., 315 ff., 432 ff., 437 ff., 491 ff., 498 ff., 507 ff., 516 ff.

Bundesgesetz betreffend Organisation der Bundesrechtspflege 36 ff., 38 f., 186, 275 f.
— — persönliche Handlungsfähigkeit 4 Erw. 1, 172 Erw. 2, 486 ff.
— — Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften 92 ff.
— — Schutz der Fabrik- und Handelsmarken 425 ff.
Bundesrath (und Bundesversammlung), Kompetenzen 9 ff., 20 Erw. 2, 125 ff. Erw. 5, 147 ff. Erw. 5, 172 Erw. 2, 179 ff.
Bundesrecht und Kantonalrecht 74 Erw. 2, 81 Erw. 4, 202 ff. Erw. 3 ff., 227 f. Erw. 4, 240 Erw. 5, 244 Erw. 2, 248 Erw. 2, 432 ff., 438 Erw. 3, 511 f. Erw. 4, 521 ff. Erw. 3 f., 530 ff.
Bundesverfassung, Verhältniss zu den Kantonalverfassungen 9 Erw. 3 ff.
Bussen, Umwandlung in Haft 167.
— Verrechnung von Busszahlungen auf Kosten und Steuern 167 Erw. 2.
Bussengelder von Fabrikarbeitern, Verwendung 213 ff.

C

Cession, Erfordernisse 240 Erw. 5.
— schenkungsweise, nicht grundversicherter Forderungen beurtheilt sich nach eidgenössischem Recht 240 f. Erw. 5.
— zeitliche Rechtsanwendung 240 Erw. 5.
Civilprozesssachen s. Justizsachen.
Civilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen 397 ff.
Civilstand eines Dritten, Veränderung, ob Auslieferungsdelikt? 301 Erw. 3.
Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen 540 ff.
— zwischen Kantonen 319 ff., 415 ff.
— zwischen Kantonen einerseits und Privaten u. s. w. andrerseits 340 ff., 347 ff., 530 ff.
Civilurtheile, ausserkantonale, schweizerische, Vollstreckung 265 f., 269 ff., 391 ff.
— französische, Vollstreckung nach Staatsvertrag 31 ff., 293 ff.
Colportage von Presserzeugnissen 261 f.

Constitutum possessorium, Voraussetzungen 224 ff. Erw. 4.
— — Wirkung 227 ff. Erw. 4 ff.
S. im Uebrigen unter K.

D

Delikte s. Unerlaubte Handlungen.
Deutschland, Auslieferungsvertrag mit 300 ff.
Dienstbarkeiten, öffentlich-rechtliche s. Staatsdienstbarkeiten.
Differenzgeschäft, reines, Merkmale 505 Erw. 5.
— örtliche Rechtsanwendung 503 Erw. 2.
Dispositionsstellung beim Kauf 196 ff.
Disziplinarstrafgewalt der Militärbehörden 380 ff.
Dolus 491 ff., 504 Erw. 4.
Domizil s. Wohnsitz.
Domizilwechsel, eigener, an eigene Ordre ist ungültig 230 f.
Doppelbesteuerung, Erbschaftssteuer (von beweglichem Vermögen) ist am Wohnorte des Erblassers zu bezahlen 110 ff.
— von Instruktionsoffizieren 257 f. Erw. 2.
— Kollektivgesellschaften in Liquidation sind am Gesellschaftssitz steuerpflichtig 108 f.
— Kompetenz des Bundesgerichtes 109 Erw. 2.
— Luxussteuern 257 f.
— unzulässige Voraussetzungen 20 Erw. 3, 108 Erw. 1, 257 Erw. 1.
— Wagensteuern 257 Erw. 1.
— Zulässigkeit besonderer Gewerbsteuern 20 Erw. 3.
Doppelehe 188 ff., 322 ff.
Droit de suite des Vermiethers 432 ff.

E

Eheabschluss ausserhalb des Heimatkantons, Gültigkeit 469 ff.
— — zeitliche Rechtsanwendung 470 Erw. 4, 472 Erw. 5.
Ehe, Legitimation durch nachfolgende 42 ff.
— putative, Bürgerrecht der Ehefrau und der Kinder 332 Erw. 7 f.

Eheeinsegnungen, u. s. w. Konkordat betreffend 334 ff. Erw. 9, 470 ff.
Ehefrauen, Handlungsfähigkeit 521 ff.
— Vertretung durch den Ehemann 521 ff.
Ehenichtigkeit wegen Bigamie 191 ff. Erw. 322 ff.
— wegen Bigamie wird durch nachträgliche Auflösung der ersten Ehe des bigamen Ehegatten und Fortsetzung der zweiten Ehe nicht geheilt 191 ff. Erw. 4.
— Folgen derselben, rücksichtlich des Bürgerrechtes der Kinder und gutgläubigen Ehefrau 332 Erw. 7 ff.
— Folgen derselben, zeitliche Rechtsanwendung 332 Erw. 6.
Ehenichtigkeitsklage.
— aus öffentlichem trennendem Ehehinderniss fällt nicht dahin, wenn die Ehe während des Prozesses durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst wird 190 ff. Erw. 2 ff.
— Gerichtsstand, insbesondere für Beurtheilung der Frage des guten Glaubens der Eheleute 328 ff. Erw. 3.
Ehescheidung, Trennung von Tisch und Bett nach kanonischem Rechte löst das Eheband nicht 191 ff. Erw. 4.
Ehescheidungsklage, Gerichtsstand 185 Erw. 2.
Eigenthum, Inhalt 288 Erw. 3.
Eigenthumsbeschränkungen 288 f. Erw. 3, 454 ff.
— an Quellen 454 ff.
Eigenthumserwerb an beweglichen Sachen 74 ff., 221 ff., 312 f.
— — — durch Anweisung an den Verwahrer 312 f. Erw. 2.
— — — durch contitutum possessorium 224 ff. Erw. 3 ff.
— — — durch Uebergabe von Lagerscheinen 312 f. Erw. 2.
— garantie, verfassungsmässige 102 Erw. 3, 131 Erw. 8, 152 Erw. 8, 287 ff., 454 ff.
Eigenwechsel, an eigene Ordre, ist ungültig 230 ff.
Einrede der abgeurtheilten Sache, Anwendbarkeit eidgenössischen Privatrechts 239 Erw. 2.
— des Betrugs 504 Erw. 4.
— der Kompensation, prozessuale Behandlung 293 Erw. 2, 391 ff.
— des Schiedsvertrages 355 Erw. 4.
— des Spiels gegenüber Zeitgeschäften 503 ff. Erw. 2 ff.
Eisenbahngesellschaften, Gerichtsstand der 279 f.
— Haftpflicht der s. Haftpflicht.
— Rechnungswesen s. Rechnungswesen.
— Pensions- und Hülfskassen der 279 f.

England s. Grossbritannien.
Erbrechtliche oder Schuldklage? 273 f.
Erbschaftssteuer, Steuerberechtigung des Wohnortskantons 110 ff.
Erfüllung, zeitliche Rechtsanwendung 244 f. Erw. 3.
Erlöschen von Obligationen, Bundesrecht und Kantonalrecht 202 ff. Erw. 3 ff.
Eventualmaxime 535 f. Erw 9.
Experten, Beweis durch 361 ff.

F

Fabrikherren, Haftpflicht bei Tödtung oder Verletzung von Arbeitern s. Haftpflicht.
Fabrik- und Handelsmarken s. Marken.
Fabrikherren, Verwendung von Bussengeldern 213 ff.
Fabrikkrankenkassen 213 ff.
Fälschung als Auslieferungsdelikt 301 f. Erw. 4.
Feststellungsklage 347 ff.
Fixgeschäft? 67 f. Erw. 2.
Form der Eingehung einer Bürgschaft 88 ff.
Frankreich, Auslieferungsvertrag mit 458 ff.
— Gerichtsstandsvertrag mit 31 ff., 293 ff.
Frauen, Gleichstellung mit den Männern im öffentlichen Recht? 4 ff.
Freiheit, persönliche 446 f.
Fremde s. Ausländer.
Frist zum staatsrechtlichen Rekurse an das Bundesgericht 105 Erw. 2, 123 ff. Erw. 3 f., 144 ff. Erw. 3 f., 171 f. Erw. 1, 287 f. Erw. 1, 437 Erw. 1, 454 Erw. 1.
— — — — gegen Gesetze und sonstige allgemein verbindliche Erlasse 123 ff. Erw. 3 f., 144 ff. Erw. 3 f., 171 f. Erw. 1, 287 f. Erw. 1.
— — läuft von amtlicher Eröffnung an 454 Erw. 1
— zur Weiterziehung an das Bundesgericht in Civilstreitigkeiten 36 ff.
— — wird durch Abgabe der Weiterziehungserklärung an die Post nicht gewahrt 36 Erw. 2.
— — inwiefern ist Wiedereinsetzung statthaft? 37 f. Erw. 3.

G

Geistliche Gerichtsbarkeit s. Gerichtsbarkeit, geistliche.
Gemeindegüter, kirchliche, Verwaltung u. s. w. 131 ff., 152 ff.
Gemeinden und Gemeindebehörden, Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurse 371 ff.
Gemeinden, Pfarrwahlen durch, inwiefern verfassungsmässig gewährleistet? 132 f. Erw. 10 f., 154 f. Erw. 10.
— Reglemente der, sind keine Gesetze 288 f. Erw. 3.
Gerichtsbarkeit, geistliche, Abschaffung der, bezieht sich nicht auf die kirchliche Verwaltung 127 ff. Erw. 7, 149 ff. Erw. 7.
Gerichtsstand für die actio paulliana 386 ff.
— des Arrestes 159, 163 f., 354 ff.
— der belegenen Sache 159.
— für Bevormundung 397 ff.
— der Eisenbahngesellschaften 279 f.
— für Ehenichtigkeitsklagen und Beurtheilung des guten Glaubens der Eheleute 328 ff. Erw. 3.
— für Ehescheidungsklagen 185 Erw. 2.
— der Erbschaft? 273 f.
— des Konkurses 265 ff.
— des Spezialdomizils für Eisenbahngesellschaften 279 f.
— prorogirter 31 f. Erw. 2.
— durch Verbindung von Civil- und Strafklage begründeter 386 f.
— verfassungsmässiger 101 f. Erw. 2, 121 ff., 142 ff., 279 Erw. 1, 377 f., 380 ff.
— des Vergehens? 377 f., 386 f.
— des Wohnortes 14 ff., 31, 159, 163 f., 265 f., 273 f., 386 ff.
— — — letzten schweizerischen in Ehescheidungssachen 185 Erw. 2.
— Vertrag über denselben mit Frankreich 31 ff., 293 ff.
— — — — — — Zulässigkeit stillschweigender Prorogation 31 f. Erw. 2.
Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Rechte 415 ff.
Gesellschaft s. Kollektivgesellschaft.
Gesetze, staatsrechtlicher Rekurs gegen 121 ff., 142 ff.
Gesetzgebende Gewalt, Eingriff in dieselbe 180 Erw. 2.

Gewaltentrennung s. Trennung der Gewalten.
Gewerbebetrieb, Berechtigung zum, ist öffentlichen Rechtes 172 Erw. 2.
Gewerbefreiheit 20 Erw. 2, 172 Erw. 2.
Gewerbesteuern, Zulässigkeit 20 Erw. 3.
Glaubens- und Gewissensfreiheit 9 ff., 126 ff., 131 ff., 147 ff., 153 ff. 371 ff.
— — Verhältniss der bundesverfassungsmässigen zur kantonalrechtlichen Gewährleistung 9 ff. Erw. 3.
— — Verhältniss zur Gewährleistung des Vereins- und Versammlungsrechts 9 ff.
— — s. Kultussteuern.
Gläubiger, Verkürzung der 74 Erw. 2, 81 Erw. 4, 227 ff. Erw. 4 ff.
Gleichheit vor dem Gesetze 4 ff., 9 ff., 20 ff., 102 f. Erw. 3, 106 Erw. 3, 126 Erw. 5, 133 Erw. 11, 147 Erw. 5, 154 Erw. 11, 172 f. Erw. 2 f. 253 ff., 372 ff. Erw. 2, 443 Erw. 3.
Gleichstellung der Niedergelassenen 443 Erw. 3.
Grossbritannien, wechselseitiger Markenschutz 425 Erw. 1.
Grundstückskauf s. Liegenschaftskauf.

H

Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen 47 ff., 51 ff., 56 ff., 473 ff., 476 ff.
— — Was heist « beim Betrieb? » 52 Erw. 2, 476 ff.
— — Beweislast für Verschulden des Verletzten 57 Erw. 2.
— — eigenes beziehungsweise konkurrirendes Verchulden des Verletzten oder Getödteten 53 Erw. 3 ff., 56 f., 473 ff.
— — Einrede der unbefugten Berührung mit dem Bahnbetrieb, Bedeutung 53 Erw. 4.
— — Momente, welche den Umfang des Ersatzanspruches bedingen 49 f. Erw. 3, 55 f. Erw. 6, 478 f. Erw. 3.
— — — — — Reiseentschädigungen? 478 f. Erw. 3.
— — Theilung des Schadens bei gemeinsamem Verschulden 54 f. Erw. 5.
— — Verantwortlichkeit der Bahn für ihre Leute 54 Erw. 5.
— — Verschulden der Bahn oder ihrer Leute 48 Erw. 2, 54 Erw. 5.

Haftpflicht der Fabrikherren bei Tödtung oder Verletzung von Arbeitern 59 ff., 481 ff.
— — eigenes beziehungsweise konkurrirendes Verschulden der Verletzten? 63 Erw. 4, 482 Erw. 2.
— — Maximum der Entschädigung 61 ff. Erw. 3 ff., 484 Erw. 4.
— — — — — Wegfall 61 ff. Erw. 3 ff.
— — strafbares Verschulden des Fabrikherrn ist für das Ausmass der Entschädigung nur dann von Bedeutung, wenn durch dasselbe der Unfall verursacht wurde 61 f. Erw. 3.
— — Reduktion des Ersatzanspruches bei Konkurrenz früherer Verletzungen 483 f. Erw. 3.
— — Umfang des Ersatzanspruches 63 f. Erw. 5 f., 483 ff. Erw. 3 ff.
— — — — — bei Wegfall des Entschädigungsmaximums 63 f. Erw. 5.
— — Zinsbarkeit der Entschädigung 64 Erw. 6.
Handelsgesellschaft, offene s. Kollektivgesellschaft.
Handelsmarken s. Marken.
Handlungsfähigkeit, Begriff 488 ff.
— der Ehefrauen 521.
— Normen betr., beziehen sich nicht auf Berechtigung zur Ausübung der Advokatur 4 Erw. 1.
— — betr., beziehen sich nicht auf Berechtigung zum Gewerbebetrieb 172 Erw. 2.
— betr., beziehen sich nicht auf Ausdehnung der Verfügungsbefugniss von Todeswegen 488 ff.
Haupturtheil 79 Erw. 2, 184 Erw. 1, 186, 520.
Hausirhandel mit Presserzeugnissen 261 ff.
Hehlerei, als Auslieferungsdelikt 458 ff.
Heilsarmee 9 ff.
Heimatkanton, Armenunterstützungspflicht 415 ff.
— Vormundschaftsrecht des 397 f.
Heimatlosigkeit, Gültigkeit auswärts abgeschlossener Ehen 469 ff.
— Zutheilungsgründe 469 ff.
— Schadenersatzpflicht wegen unregelmässiger Trauungen 472 Erw. 6.

I

Instanzenzug bei staatsrechtlichen Beschwerden 184 Erw. 1.
Instruktionsoffiziere, Besteuerung 257 f. Erw. 2.
Internationales Privatrecht s. Anwendung des Rechtes in örtlicher Beziehung.

J

Judikatsforderungen, Kompensationseinrede gegen, 293 Erw. 2, 391 ff.
Juragewässerkorrektion, Mehrwerthsbeiträge, rechtliche Natur 340 ff.
Jurisdiktion, geistliche s. Gerichtsbarkeit, geistliche.
Juristische Personen, gewerbtreibende, Besteuerung 19 f.
— — Kriterien der 279 f.
— — Kultussteuern 373 ff. Erw. 3.
Justizsachen 340 f., 347 ff., 540 ff.
Justizverweigerung s. Rechtsverweigerung.

K

Kantonalgesetze, Auslegung und Anwendung 5 Erw. 3, 42 Erw. 1 ff., 74 Erw. 2, 79 Erw. 3, 81 Erw. 4, 85 Erw. 3, 101 Erw. 1, 109 Erw. 2, 163 Erw. 1, 166 Erw. 1, 173 Erw. 3, 201 f. Erw. 2, 239 ff. Erw. 2 ff., 261 Erw. 1, 355 Erw. 3, 372 ff. Erw. 2, 427 Erw. 4, 443 Erw. 3, 489 f. Erw. 5.
— Vorbehalt derselben in Bundesgesetzen 74 Erw. 2, 81 Erw. 4, 202 ff. Erw. 3 ff., 227 f. Erw. 4, 240 Erw. 5. 244 Erw. 2, 248 Erw. 2, 398 Erw. 2, 432 ff., 507 ff., 521 f. Erw. 3 ff., 530 ff.
Kantonalverfassungen, Auslegung 21.
— Verhältniss zur Bundesverfassung 9 Erw. 3 ff.
Kantonalverfassungen, Verletzung? Aargau 19 ff.
— Appenzell I.-Rh. 454 ff.
— Bern 261 f., 287 ff.

Kantonalverfassungen, Freiburg 101 f.
— St. Gallen 179 ff., 446 f.
— Nidwalden 437 f. Erw. 2.
— Tessin 121 ff., 142 ff.
— Waadt 9 ff., 380 ff.
— Zürich 5 Erw. 3.
Kantone, Civilstreitigkeiten mit dem Bund 540 ff.
— — zwischen denselben 319 ff., 415 ff.
— — mit Korporationen oder Privaten 340 ff., 347 ff., 530 f.
— Kompetenzkonflikte mit dem Bund 541 f. Erw. 3.
— Rückerstattungspflicht für Verpflegungskosten eines Angehörigen in einem andern Kanton? 415 ff.
— Schadenersatzpflicht wegen konkordatswidriger Trauung 334 f. Erw. 9, 472 Erw. 6.
— staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen 397 ff., 407 ff., 415 ff.
— Stellung derselben bei Bürgerrechtsstreitigkeiten 330 f., Erw. 4 u. 5.
— Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur mit Privaten 340 ff.
— Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur mit dem Bunde 540 ff.
Kauf 67 Erw. 2 ff., 196 ff.
— Bedeutung der Dispositionsstellung der Waare beim 197 Erw. 3.
— Dispositionsstellung kann nur so genehmigt werden wie sie vom Käufer ausgesprochen wurde 198 Erw. 4.
Kaufverträge über Liegenschaften, Anwendbarkeit des kantonalen Rechtes 244 Erw. 2, 507 ff.
— über Mobilien, Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes 438 f. Erw. 3.
— über Mobilien- oder Liegenschaftskauf? 509 f. Erw. 2 ff.
Kausalzusammenhang 61 Erw. 3, 86 Erw. 5, 308 f. Erw. 4, 483 f. Erw. 3.
Kinder aus Putativehen, Bürgerrecht 332 ff. Erw. 7
Kirchengesetz, tessinisches, Beschwerde gegen 121 ff., 142 ff.
Kirchengüter, Verwaltung u. s. w. 131 ff., 152 ff.
Kirchensteuern s. Kultussteuern.
Kirchenverwaltung und geistliche Gerichtsbarkeit 127 ff., 149 ff.
Klagenhäufung, subjektive, Streitwerthberechnung 206 Erw. 2.

Klageverstärkung, unzulässige 536 Erw. 9.
Kollektivgesellschaft, Auflösung 79 Erw. 4 ff.
— in Liquidation, Steuerpflicht am Gesellschaftssitze 108 f.
— Liquidation ist nicht obligatorisch 79 Erw. 4 ff.
— Uebernahme des Geschäftes in Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter 79 Erw. 4 ff.
Kollision von Kantonalgesetzen im Vormundschaftsrecht 397 ff.
Konkordat betreffend Eheeinsegnungen und Kopulationsschein 334 ff. Erw. 9, 470 ff.
— betreffend Konkursrecht in Fallimentsfällen 442 ff.
Kommanditaktiengesellschaft, Besteuerung 20 ff.
Kommission 504 Erw. 3.
Kompensation, Einrede der, prozessuale Behandlung 293 Erw. 2, 391 ff.
Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Kantonen 541 f. Erw. 3.
Komités von Vereinen, Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs 123 Erw. 2, 144 Erw. 2.
Konkordat betr. Eheeinsegnungen und Kopulationsscheine 334 ff. Erw. 9, 470 ff.
— — Konkurs 442.
Konkurs, ausserkantonaler Wirkungen 442 f.
— Gerichtsstand des 265 f.
— des (Haupt-) Schuldners, Wirkung auf Verhältniss zwischen Gläubiger und Gewährsträger ist bundesrechtlich geordnet 203 Erw. 5.
— Konkordate betreffend 452 ff.
Konsulargerichte, Beschwerde gegen 276 f.
Konzessionspflicht für Trödlergewerbe 172 f.
Kosten s. Prozesskosten.
Krankenunterstützungsvereine, Anspruch auf Bussengelder von Fabrikarbeitern? 213 ff.
Kreditgenossenschaften, Besteuerung 20 ff.
Kreditschädigung 217 ff.
Kultusfreiheit, Verhältniss der bundesverfassungsmässigen zu kantonalrechtlicher Gewährleistung 91 ff. Erw. 3.
— Verhältniss zur Gewährleistung des Vereins- und Versammlungsrechts 9 ff.
Kultussteuern 131 Erw. 9, 153 f. Erw. 9, 571 ff.

L

Ladescheine? 312 f. Erw. 2.
Lagerschein? 312 Erw. 2.
Lebensversicherungsvertrag, Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes 248 Erw. 2.
— Abtretung von Forderungen aus 240 f. Erw. 5, 249 f. Erw. 4.
— Natur der Police 239 f. Erw. 4.
— Ungültigkeit wegen falscher Angabe 249 f. Erw. 3 f.
— zeitliche Rechtsanwendung 239 Erw. 3.
Legitimation durch nachfolgende Ehe, Voraussetzungen 42 f.
— zum Rekurse s. Rekurs.
— zur Sache, aktive 213 ff., 330 Erw. 4, 504 Erw. 3.
— — — — bei Streitigkeiten über Bürgerrecht 330 Erw. 4.
— — — passive 330 f. Erw. 5.
— — — — bei Streitigkeiten über Bürgerrecht 330 f. Erw. 5.
Lieferungskauf, Rücktritt vom, bei Mehrheit von Lieferungen 67 Erw. 2 ff.
— Theilbarkeit der Erfüllung 67 Erw. 2 ff.
— s. auch Differenzgeschäft.
Liegenschaftskauf, Anwendbarkeit des kantonalen Rechts 244 Erw. 2, 507 ff.
— oder Mobiliarkauf? 509 ff. Erw. 2 ff.
Liquidation ist nicht obligatorisch bei Auflösung einer Kollektivgesellschaft 79 Erw. 4 ff.
Luxussteuer 267 f.

M

Mängelrüge beim Werkvertrag 317 ff. Erw. 5.
Marken, Aehnlichkeit, täuschende, Kriterien 426 Erw. 2.
— Berechtigung zur Verwendung in beliebiger Grösse u. s. w. 427 Erw. 2.
— für Waaren, deren Vertrieb kantonalgesetzlich verboten oder beschränkt ist, inwiefern gesetzlich geschützt? 427 ff. Erw. 4.

Marken, Nachahmung 426 Erw. 2.
— Schutz gegenüber grossbritannischen Angehörigen 425 Erw. 1.
Miethe, Verhältniss des eidgenössischen zum kantonalen Rechte 432 ff.
— droit de suite des Vermiethers durch das Obligationenrecht beseitigt 432 ff.
— Retentionsrecht 432 ff.
Militärbehörden, Strafgewalt 380 ff.
Mobiliarkauf, Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes 438 f. Erw. 3.
— oder Liegenschaftskauf? 509 ff. Erw. 2 f.

N

Negotiorum gestio im öffentlichen Rechte 415 ff.
Niedergelassene, Bevormundung 397 ff.
— Gleichstellung 443 Erw. 3.
Nichtigkeit der Ehe s. Ehenichtigkeit.

O

Offene Handelsgesellschaft s. Kollektivgesellschaft.
Oeffentliche Klage auf Ehenichtigkeit fällt wegen Auflösung der Ehe (durch Tod u. s. w.) nicht dahin 190 f. Erw. 2.
Oeffentliche Leistungen 340 ff., 540 ff.
Offerte s. Antrag.
Ortsgebrauch bezüglich Untersuchungspflicht beim Werkvertrag 317 ff. Erw. 5.

P

Parteienvertretung vor Gericht ist kantonalrechtlich geordnet 4 Erw. 1.
Passivlegitimation s. Legitimation zur Sache, passive.
Patentsteuer, aargauische 19 ff.

Paulliana actio, Anwendbarkeit des kantonalen Rechtes 74 Erw. 2, 81 Erw. 4.
— — und Beschränkung der Wirkungen des constitutum possessorium 227 f. Erw. 4.
— — Gerichtsstand für 386 f.
Pensions- und Hülfskasse der Nordostbahn, rechtliche Natur 279 f.
Personenstand eines Dritten, Veränderung, ob Auslieferungsdelikt? 301 Erw. 3.
Persönliche Freiheit 446 f.
Petitionsrecht 380 Erw. 1.
Pfandrecht, gesetzliches an Mobilien 438 Erw. 3.
Pfarrwahlen durch die Gemeinden, inwiefern verfassungsmässig gewährleistet 132 f. Erw. 10, 154 f. Erw. 10.
Präjudizialklage s. Feststellungsklage.
Pressfreiheit 261 f.
Prioritätsstreitigkeiten zwischen Gläubigern, Streitwerth 38 f.
Privatrechte, wohlerworbene s. Eigenthumsgarantie.
Professoren, ordentliche, der bernischen Hochschule, Rechtsverhältniss 347 ff.
Prorogation an das Bundesgericht ist in staatsrechtlichen Sachen nicht zulässig 340 Erw. 1.
— stillschweigende, nach schweizerisch-französischem Staatsvertrage 31 f. Erw. 2.
Prozesskosten, Kompetenz des Bundesgerichtes als Staatsgerichtshof 295 Erw. 5.
— (eines Strafverfahrens) Umwandlung in Haft 167.
— Pflicht zur Vertröstung im Strafverfahren, Zulässigkeit? 253 ff.
Putativehe, Wirkungen bezüglich des Bürgerrechts von Ehefrau und Kindern 332 ff. Erw. 7.

Q

Quasischmerzengeld bei Tort moral 86 f. Erw. 6. ff., 536 ff. Erw. 10 ff.
Quellen, Eigenthum an 454 ff.

R

Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften, Subventionen à fonds perdu sind in die Bilanz nicht einzustellen 96 ff.
Rechtskraft des Urtheils als Voraussetzung der Vollstreckung nach schweizerisch-französischem Staatsvertrag 331 Erw. 5.
— — — — nach der Bundesverfassung 265 f.
Rechtsverweigerung 101 ff., 253 ff., 354 ff., 361 ff., 372 ff. Erw. 2
Rekurs, staatsrechtlicher, Instanzenzug 184 Erw. 1.
— — Legitimation zum 122 Erw. 1, 123 Erw. 2, 143 f. Erw. 1, 144 Erw. 2, 131 Erw. 8 b., 133 Erw. 11, 153 Erw. 8 b., 154 f. Erw. 11, 371 Erw. 1, 373 Erw. 2, 374 Erw. 3, 442 f. Erw. 1.
— — rechtzeitiger 123 ff. Erw. 4, 145 ff. Erw. 4, 287 f. Erw. 1, 377 Erw. 1, 437 Erw. 1, 454 Erw. 1.
— — statthafter 105 Erw. 1, 121 f. Erw. 1, 142 f. Erw. 1, 171 f. Erw. 1, 184 Erw. 1, 253 f., 425 Erw. 1, 432 ff., 437 f.
— — ist auch gegen Gesetze statthaft 121 f. Erw. 1, 142 f. Erw. 1.
— — unstatthafter 131 Erw. 8 *b*, 153 Erw. 8 *b*, 275 f., 293 Erw. 2, 295 Erw. 5.
— — verspäteter 105 Erw. 2, 123 Erw. 3, 144 Erw. 3, 171 Erw. 1.
Rekursfrist s. Fristen.
Religionsgenossenschaften, Anwendbarkeit der Gewährleistung des Vereins- und Versammlungsrechtes auf Vereinigungen zu Kultuszwecken? 9 ff.
Res judicata, Einrede der 239 Erw. 2.
Restitution s. Wiedereinsetzung.
Retentionsrecht des Vermiethers 432 ff.
Richter, verfassungsmässiger s. Gerichtsstand.
Richterliches Ermessen, Freiheit des, bei Schadenswürdigung 85 f. Erw. 5, 87 Erw. 7, 537.
Rücktritt vom Vertrage, wegen Verzugs 67 Erw. 2 ff.

S

Sache, belegene, Gerichtsstand 159.
Sachverständige s. Experten.
Salutisten 9 ff.
Schaden, moralischer s. Tort moral.
Schadenersatz, Freiheit des richterlichen Ermessens 85 f. Erw. 5, 87 Erw. 5, 537.
— wegen Vertragsbruch, Beweislast 308 f. Erw. 4.
— s. im übrigen Haftpflicht und unerlaubte Handlungen.
Scheidung s. Ehescheidung.
Schenkung, Uebereignung von beweglichen Sachen oder (nicht grundversicherten) Forderung beurtheilt sich nach eidgenössischem Recht 240 f. Erw. 5.
Schiedsvertrag, Einrede des, ist keine prozessuale Kompetenzbestreitung sondern materielle Einrede 355 Erw. 4.
Schriftform, gesetzliche bei Verträgen ist nicht erfüllt wenn die Unterschrift des sich Verpflichtenden Kontrahenten auf dessen Geheiss durch einen dritten beigesetzt wird 90 f. Erw. 3 ff.
Schuldner, aufrechtstehender s. Aufrechtstehender Schuldner.
Schuldnerhaft 166 ff.
Schulen, konfessionelle 179 ff.
Schulberechtigung von Nichtkantonseinwohnern? 407 ff.
Servituten, öffentlich-rechtliche s. Staatsdienstbarkeiten.
Spediteur als Stellvertreter im Besitzerwerb 75 Erw. 4.
Spiel, Einrede des, gegenüber Zeitgeschäften 503 ff. Erw. 2 ff.
— — — örtliche Rechtsanwendnng 503 Erw. 2.
Staat, Rechtsstellung der Beamten 347 ff. 530 ff.
Staatsdienstbarkeiten, 407 ff.
Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen 397 ff., 407 ff., 415 ff.
Staatsverträge mit dem Ausland s. Auslieferung sowie Deutschland, Frankreich, Grossbritannien.
Stellen zur Disposition beim Kauf 196 ff.
Stellvertreter, Besitz- und Eigenthumserwerb durch 74 ff., 224 ff.

— oder blosses Werkzeug beim Vertragsabschluss? 90 Erw. 3.
Stellvertretung, aus familienrechtlichem Grunde 521 ff.
Steuern, Umwandlung in Haft 167.
Steuerstreitigkeiten, rechtliche Natur 340 ff., 540 ff.
Steuerwesen, Rechtsgleichheit im 20 f.
— s. im Uebrigen auch Doppelbesteuerung.
Strafprozess, Kosten dürfen nicht in Haft umgewandelt werden 167.
— Pflicht zur Kostenvertröstung im, inwieweit zulässig? 253 ff.
Strafsachen, Gerichtsstand in 377 ff.
Strafverfolgung, Verjährung der 300 ff.
Streitwerth, als Voraussetzung der bundesgerichtlichen Kompetenz 38 ff. 78 f. Erw. 2, 206 Erw. 2, 316 Erw. 2, 520.
— — bei Forderungen aus gegenseitigen Verträgen 316 Erw. 2.
— — — für Prioritätsstreitigkeiten zwischen Gläubigern 38 f.
— — — Zusammenrechnung bei subjektiver Klagehäufung ist ausgeschlossen 206 Erw. 2.
Subventionen à fonds perdu sind in die Bilanz von Eisenbahngesellschaften nicht einzustellen 96 ff.

T

Tanzen, ist kein verfassungsmässiges Grundrecht 106 Erw. 3.
Tessin, Kirchengesetz, Beschwerde gegen 121 ff., 142 ff.
Testirbefugniss und Handlungsfähigkeit 486 ff.
Thatbestand, durch die kantonalen Gerichte festgestellter 57 Erw. 2, 61 Erw. 2, 63 Erw. 4, 67 f. Erw. 2, 69 ff. Erw. 3 ff., 79 Erw. 4, 85 Erw. 4, 87 Erw. 7, 219 Erw. 4, 229 Erw. 5, 249 Erw. 3, 313 f. Erw. 3, 317 f. Erw. 5, 478 Erw. 2 f., 505 Erw. 5.
Theilbarkeit der Erfüllung bei Lieferungskauf 67 ff. Erw. 2 ff.
Tort moral 86 Erw. 6 ff., 217 ff., 536 ff. Erw. 10 ff.
— — Freiheit des richterlichen Ermessens bei Ausmass der Entschädigung 86 Erw. 6 ff., 537.
Tradition beweglicher Sachen 74 ff., 221 ff., 311 ff.
Traditionspapiere 312 f. Erw. 2.
Trennung der Gewalten 180 f. Erw. 2.
— von Tisch und Bett s. Ehescheidung.
Trödlergewerbe, Konzessionszwang 172 Erw. 2.

U

Uebergangsbestimmungen zum Obligationenrecht 74 Erw. 2, 81 Erw. 4, 227 f. Erw. 4, 239 ff. Erw. 3 ff., 248 Erw. 2, 433 Erw. 5, 495 ff. Erw. 2 ff.
Uneheliche, Legitimation durch nachfolgende Ehe, Voraussetzungen 42 ff.
Unerlaubte Handlungen, Obligationen aus 83 ff., 217 ff. 233 f. Erw. 4, 536 ff. Erw. 10 ff.
Unterdrückung eines Kindes? 301 Erw. 3.
Untergang von Obligationen 202 f. Erw. 3 ff.
Unterschrift, Erforderniss eigenhändiger Beisetzung bei gesetzlicher Schriftform eines Vertrages 90 Erw. 3 ff.
Unterstützungsvereine, Anspruch auf Bussengelder von Fabrikarbeitern? 213 ff.
Unvordenkliche Zeit 408 ff.
Urkundenfälschung, intellektuelle, als Auslieferungsdelikt 301 ff. Erw. 4.
Urtheile, ausserkantonale schweizerische, Vollstreckung 265 f. 269 ff., 391 ff.
— französische, Vorausetzungen der Vollstreckung nach Staatsvertrag 31 ff., 293 ff.
— — Zustellung 33 Erw. 3.

V

Vaterschaft, eheliche, die Anfechtung der Rechtsvermuthung für dieselbe beurtheilt sich nach kantonalem Recht 42 f.
Vereine, Parteifähigkeit? 213 Erw. 2.
Vereinskomités, Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs 123 Erw. 2, 144 Erw. 2.
Vereins- und Versammlungsrecht, Verhältniss zur Gewährleistung der Kultusfreiheit bei Vereinigungen zu Kultuszwecken 9 ff.
Verfügungsbefugniss von Todeswegen und Handlungsfähigkeit 486 ff.

Verletzung, ernstliche, persönlicher Verhältnisse s. Tort moral.
Verleugnungsklage, Berechtigung zur, beurtheilt sich nach kantonalem Recht 42 f.
Verjährung der Strafverfolgung 300 ff.
— von Civilansprüchen aus strafbarer Handlung 496 f. Erw. 3 ff.
Verpflegungskosten für arme Angehörige, Ersatzpflicht des Heimatkantons? 415 ff.
Versammlungsrecht, verfassungsmässige Garantie, Anwendung auf Vereinigungen zu Kultuszwecken? 9 ff.
Versicherungsvertrag, Abtretung von Forderungen aus 240 f. Erw. 5, 249 f. Erw. 4.
— Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes 248 Erw. 2.
— Ungültigkeit wegen falscher Angaben 249 f. Erw. 3 f.
— zeitliche Rechtsanwendung bei Lebensversicherung 239 f. Erw. 3 f.
Verträge, Auslegung 67 Erw. 2 ff.
— Erfüllung, zeitliche Rechtsanwendung 244 f. Erw. 3.
— gesetzliche Schriftform ist nicht erfüllt wenn die Unterschrift des Kontrahenten auf dessen Geheiss durch einen Dritten beigesetzt wird 90 f. Erw. 3 ff.
— Rücktritt vom s. Rücktritt.
Vertragsabschluss durch Stellvertreter oder durch Benutzung blos mechanischer Dienste eines Dritten? 90 Erw. 3.
— zwischen Abwesenden 196 ff.
Verzug des Käufers bei Lieferungskauf 69 Erw. 3 ff.
— des Verkäufers bei Lieferungskauf 67 Erw. 2 ff.
Völkerrechtliche Dienstbarkeiten s. Staatsdienstbarkeiten.
Vollstreckung, ausserkantonaler schweizerischer Urtheile 265 f., 269 ff., 391 ff.
— französischer Urtheile nach Staatsvertrag, Voraussetzungen 31 ff., 293 ff.
— — — — — Rechtskraft als Voraussetzung 33 f. Erw. 5.
Vollstreckungsverfahren, Kompensationseinrede im 293 Erw. 2, 391 ff.
Vorbehalt des kantonalen Rechtes in Bundesgesetzen s. Kantonalgesetze.
Vormundschaft über Niedergelassene 397 ff.

W

Waarenzeichen s. Marken.
Wagensteuer 257 f.
Wechsel, eigener, an eigne Ordre ist ungültig 230 ff.
— Haftung gegenüber dem gutgläubigen Nehmer bei Unterzeichnung eines (rücksichtlich der Summenangabe im Kontexte nicht ausgefüllten) vertragswidrig ergänzten Blankettes 206 ff. Erw. 3 ff.
— ungültiger ist nicht als Schuldschein aufrechtzuerhalten 233 Erw. 4.
Wegknechte, rechtliche Stellung, nach waadtländischem Recht 530 ff.
Weiber, Gleichstellung mit den Männern auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts? 4 ff.
Weiterziehung kantonaler Urtheile an das Bundesgericht, Armenrecht bei 43 Erw. 2, 475 Erw. 2.
— — Berücksichtigung von seit dem kantonalen Urtheile eingetretenen Aenderungen in der persönlichen Lage der Parteien (durch Tod u. s. w.) ist nicht ausgeschlossen 190 Erw. 3.
— — — Frist, wird durch Abgabe der Weiterziehungserklärung an die Post nicht gewahrt 36 Erw. 2.
— — — — inwiefern ist Wiedereinsetzung gegen Versäumniss zulässig? 36 f. Erw. 3.
— — — Nova sind ausgeschlossen 522 Erw. 4.
— — — nur statthaft gegen Haupturtheile 78 f. Erw. 2, 184 Erw. 1, 186, 520.
— — — nur statthaft insoweit nach eidgenössischem Recht zu entscheiden 42 f., 74 Erw. 2, 78 ff. Erw. 2 u. 3, 81 Erw. 4, 84 f. Erw. 3, 202 Erw. 2, 239 ff. Erw. 2 ff., 244 f. Erw. 2 f., 248 Erw. 2, 483 ff. Erw. 3 ff., 495 ff. Erw. 2 ff., 509 ff. Erw. 2 ff., 519 ff. Erw. 3 ff.
— — — statthaft auch wenn blos theilweise nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden 483 ff. Erw. 3 ff.
— — — Schriftsätze sind ausgeschlossen 83 Erw. 1.
— — — Streitwerth 38 f., 78 Erw. 2, 206 Erw. 2, 316 Erw. 2, 520.
— — — — — bei Forderungen aus gegenseitigen Verträgen 316 Erw. 2.

Weiterziehung kantonaler Urtheile an das Bundesgericht, Streitwerth bei Prioritätsstreitigkeiten zwischen Gläubigern 38 f.
— — — — Berechnung bei subjektiver Klagenhäufung 206 Erw. 2.
— — — Thatbestandsfeststellung durch das kantonale Gericht 57 Erw. 2, 61 Erw. 2, 63 Erw. 4, 67 f. Erw. 2, 69 f. Erw. 3 ff., 79 Erw. 4, 85 Erw. 4 f., 87 Erw. 7, 219 Erw. 4, 229 Erw. 5, 249 Erw. 3, 313 Erw. 3, 317 f. Erw. 5, 478 Erw. 2 f., 505 Erw. 5.
— — — — unzulässig gegen Entscheidungen über Kompetenz 184 Erw. 1.
— — — unzulässig gegen abweisenden Incidentalentscheid über peremtorische Einrede 186.
— — — Verfahren bei, ist ein mündliches 83 Erw. 1.
— — — zulässig gegen im Adhäsionsverfahren ausgefällte Civilurtheile 84 Erw. 2.
Werkvertrag, Begriff 316 Erw. 3.
— Recht des Unternehmers auf sachverständige Prüfung 316 f. Erw. 4.
— Untersuchungspflicht des Bestellers, Ausdehnung 317 ff. Erw. 5.
— — — Bedeutung des Ortsgebrauches 317 ff. Erw. 5.
— Verspätung der Mängelanzeige 317 ff. Erw. 5.
Wiedereinsetzung, gegen Versäumung der Weiterziehungsfrist an das Bundesgericht, inwiefern zulässig? 36 f. Erw. 3.
Wohlerworbene Privatrechte s. Eigenthumsgarantie.
Wohnsitz 31 Erw. 2, 110 ff., 185 Erw. 2.
— Gerichtsstand, ist auch Ausländern gewährleistet 386 Erw. 1.
— Wechsel desselben *a*) Voraussetzungen 110 ff.
b) Einfluss auf die Besteuerung 110 ff.
— s. im Uebrigen unter Gerichtsstand.

Z

Zahlungsunfähigkeit s. aufrechtstehender Schuldner.
Zeitgeschäfte, Klagbarkeit 503 ff.
Zeitliche Konflikte der Gesetze s. Anwendung des Rechts in zeitlicher Beziehung.

II. Gesetzesregister.

I. Bundesverfassung.

Art. 2 . . . Seite 134, 156.
» 4 . . . . . 4 ff., 9 ff., 20 Erw. 4, 101 ff., 105 f., 126 Erw. 5, 133 Erw. 11, 147 Erw. 5, 154 Erw. 11, 172 f. Erw. 2 f., 253 ff., 344 ff., 361 f., 372 f. Erw. 2, 443 Erw. 3.
» 5 . . . . . 102 Erw. 3.
» 29 . . . . . 179 ff.
» 31 . . . . . 20 Erw. 2.
» 33 . . . . . 4 Erw. 1.
» 43 . . . . . 126 f., 147 f. Erw. 5 f., 415 ff.
» 45 . . . . . 416.
» 46 Abs. 1 . . . 398 Erw. 2.
» 46 » 2 . . . 20 Erw. 3, 108 f., 110 ff., 257 f.
» 48 . . . . . 415 ff.
» 49 Abs. 2 . . . 126 f. Erw. 5 ff., 134, 147 f. Erw. 5 f., 156.
» 49 » 4 . . . 179 ff.
» 49 » 6 . . . 126 f. Erw. 5, 131 f. Erw. 9, 134, 147 f., Erw. 5 f., 153 f. Erw. 9, 156, 371 ff.
» 50 . . . . . 9 ff., 126 Erw. 5 ff., 147 f. Erw. 5 ff.
» 51 . . . . . 126 Erw. 5 f., 147 f. Erw. 5 f.
» 54 . . . . . 42 f., 331 Erw. 6, 334 Erw. 7. 335 Erw. 9, 470 Erw. 4, 472 Erw. 5.
» 55 . . . . . 261 f.
» 56 . . . . . 9 ff.
» 57 . . . . . 380 Erw. 2.
» 58 Abs. 1 . . . 101 f. Erw. 2, 279 Erw. 1, 377 f., 380 ff.
» 58 » 2 . . . 126 Erw. 5, 127 ff. Erw. 7, 147 Erw. 5, 149 ff. Erw. 7.
» 59 » 1 . . . 14 ff., 159, 163 f., 265 f., 273 ff., 386 ff.
» 59 » 2 . . . 166.

Art. 60 . . . Seite 443 Erw. 3.
» 61 . . . . . 102 Erw. 3, 265 f., 269 ff., 273 f., 391 ff.
» 64 . . . . . 43, 172 Erw. 2, 432 Erw. 2, 513.
» 68 . . . . . 415 ff.
» 111 . . . . . 340 Erw. 1.
» 113 . . . . . 122, 143, 126 Erw. 6, 148 Erw. 6, 134, 156, 166 Erw. 1, 541 Erw. 3.

Uebergangsbestimmungen.

Art. 2 . . . Seite 432 ff., 438 f. Erw. 3.
» 5 . . . . . 4 Erw. 1.

II. Bundesgesetze.

Bundesgesetz über das Verfahren vor dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850.

Art. 45 . . . Seite 536 Erw. 9.
» 46 . . . . . 536 Erw. 9.
» 69 ff. . . . . 37 Erw. 3.
» 118 . . . . . 328.
» 170 . . . . . 328.
» 171 . . . . . 328.
» 174 . . . . . 328.

Bundesgesetz betreffend die Heimatlosigkeit vom 3. Dezember 1850.

Art. 1 . . . Seite 469 Erw. 1.
» 11 u. 12 . . . 469 ff.
» 13 . . . . . 472 Erw. 6.

Bundesgesetz über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851.

Art. 1 . . . Seite 380.
» 190 . . . . . 382 f.

Bundesgesetz über die politischen und polizeilichen Garantien zu Gunsten der Eidgenossenschaft vom 23. Dezember 1851.

Seite 258 Erw. 2.
Art. 7 . . . . . 541 Erw. 2.

Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 23. Dezember 1872.

Art. 8 Abs. 2 Seite 279 f.

Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874.

Art. 27 Lemma 1 Ziff. 1 Seite 540 ff.
» 27 » 1 » 3 » 330 Erw. 4 u. 5, 415 f.
» 27 » 1 » 4 » 340 ff., 347 ff., 530 ff.
» 27 » 2 . . . . . 328 Erw. 2.
» 29 . . . . . 36 ff., 38 f., 42 f., 61 Erw. 2, 67 ff. Erw. 2 ff., 74 Erw. 2, 78 f. Erw. 2 f., 81 Erw. 4, 85 Erw. 4, 184 Erw. 1, 186, 202 Erw. 2, 206 Erw. 2, 239 ff. Erw. 2 ff., 244 f. Erw. 2 f., 248 Erw. 2, 276, 316 Erw. 2, 437 Erw. 1, 438 Erw. 3, 488 ff., Erw. 3 ff., 495 ff. Erw. 2 ff., 509 ff., Erw. 2 ff., 519 ff. Erw. 2 ff.
» 30 . . . . . 36 ff., 83 Erw. 1, 186, 190 Erw. 3.
» 30 Abs. 4. . . 57 Erw. 2, 61 Erw. 2, 63 Erw. 4, 67 f., Erw. 2 ff., 79 Erw. 4, 85 f. Erw. 4 ff., 87 Erw. 7, 190 Erw. 3, 219 Erw. 4, 229 Erw. 5, 239 Erw. 3, 313 Erw. 4, 317 f. Erw. 5, 478 Erw. 2 f., 505 Erw. 5, 522 Erw. 4.
» 31 . . . . . 340 Erw. 1.
» 56 . . . . . 541 f. Erw. 3.
» 57 . . . . . 407 ff., 415 f., 541 f. Erw. 1.
» 58 . . . . . 300 Erw. 1.
» 59 . . . . . 5 Erw. 3, 9 ff., 105 f., 109 Erw. 2, 121 ff., 134, 142 ff., 156, 166 f. Erw. 1,

Art. 59 . . . Seite 173 Erw. 3, 179 ff., 184 Erw. 1, 253 Erw. 1, 261 Erw. 1, 276, 287 f. Erw. 1, 293 Erw. 2, 295 Erw. 5, 354 ff., 361 Erw. 1, 371 ff., 377 Erw. 1, 580 Erw. 1, 398 Erw. 2, 425 ff., 432 ff., 437 Erw. 1, 438 Erw. 3, 442 f. Erw. 1, 443 Erw. 3, 454 ff.
» 59 Al. 1 litt. *a* 10 Erw. 3.
» 59 » 1 » *b* 126 Erw. 6, 148 Erw. 6.
» 59 Al. 2 Ziff. 3 20 Erw. 2, 172 Erw. 2.
» 59 » 2 » 6 9 ff.. 127 Erw. 6, 148 Erw. 6, 179 ff.
» 62 . . . . . 15 Erw. 2.

Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874.

Art. 25 . . . Seite 42 f.
» 28 Ziff. 1 . . . 188 ff., 329 ff.
» 29 . . . . . 336.
» 43 . . . . . 185 Erw. 2, 329 ff.
» 43 Abs. 2 . . . 185 Erw. 2.
» 49 . . . . . 329 ff.
» 51 . . . . . 190 ff. Erw. 3.
» 55 . . . . . 190 Erw. 3, 329 ff., 331 Erw. 6.
» 62 . . . . . 335.

Bundesgesetz über die Kosten der Verpflegung erkrankter und der Beerdigung verstorbener armer Angehöriger anderer Kantone vom 22. Juni 1875.

Seite 417.

Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Heumonat 1875.

Art. 2 . . . Seite 49 f., 52 ff., 56 f., 473 ff., 478 Erw. 2.
» 3 . . . . . 54 Erw. 5.

Art. 4 . . . Seite 53 f. Erw. 4.
» 5 . . . . . 49 f., 55 Erw. 6, 478 f. Erw. 3.
» 7 . . . . . 47 f.

Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877.

Art. 7 . . . Seite 213 ff. Erw. 4 ff.
» 8 . . . . . 215.
» 19 . . . . . 215.

Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dezember 1879.

Art. 2 u. 4 . . Seite 425 ff.

Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

Art. 3 . . . Seite 196 ff.
» 5 . . . . . 196 ff.
» 10 . . . . . 240 f. Erw. 5, 514.
» 12 . . . . . 91 Erw. 4.
» 13 . . . . . 91 Erw. 4.
» 35 . . . . . 3, 4 Erw. 1, 521 Erw. 3.
» 36 . . . . . 89 Erw. 1, 521 Erw. 3.
» 38 . . . . . 521 Erw. 3.
» 50 . . . . . 84 ff. Erw. 3 ff., 217 ff., 233 f. Erw. 3 f., 536 ff.
» 51 . . . . . 84 ff. Erw. 3 ff., 217 ff., 536 ff.
» 51 Abs. 2 . . . 55 Erw. 5.
» 55 . . . . . 86 f. Erw. 6 f., 217 ff., 536 ff.
» 64 . . . . . 512.
» 69 . . . . . 496 f. Erw. 3 f.
» 70 . . . . . 522 Erw. 4.
» 110 . . . . . 522 Erw. 4.
» 112 . . . . . 522 Erw. 4.
» 122 . . . . . 513.
» 131 . . . . . 293 Erw. 2, 392 Erw. 2.
» 132 . . . . . 392 Erw. 2.
» 161 . . . . . 202 Erw. 4.

Art. 184 . . . Seite 240 f. Erw. 5.
» 189 . . . . . 249 f. Erw. 4.
» 192 Abs. 3 . . . 242 Erw. 5.
» 199 . . . . . 74 ff., 223 ff. Erw. 2 f., 240 f. Erw. 5.
» 200 Ziff. 1 . . . 223 f. Erw. 2 f.
» 200 » 2 . . . 224 Erw. 3.
» 201 . . . . . 313 f. Erw. 3.
» 202 . . . . . 223 ff. Erw. 2 ff.
» 209 . . . . . 312 Erw. 2.
» 231 . . . . . 244 Erw. 2, 509 ff. Erw. 2 ff.
» 234 . . . . . 67 ff. Erw. 2.
» 246 . . . . . 196 ff.
» 281 . . . . . 433 Erw. 5.
» 294 . . . . . 433 f. Erw. 5.
» 324 . . . . . 534.
» 349 . . . . . 530 ff.
» 350 . . . . . 316 Erw. 3.
» 357 Abs. 1 . . . 317 f. Erw. 5.
» 357 » 2 . . . 316 f. Erw. 4.
» 360 . . . . . 317 f. Erw. 5.
» 361 . . . . . 317 f. Erw. 5.
» 392 . . . . . 89 Erw. 1.
» 399 Abs. 2 . . . 81 f. Erw. 5.
» 430 . . . . . 504 Erw. 3.
» 491 . . . . . 88 f. Erw. 1, 90 f. Erw. 4.
» 510 . . . . . 202 ff.
» 512 . . . . . 503 ff. Erw. 2 ff.
» 577 Abs. 2 . . . 80 f.
» 580 f. . . . . 79 Erw. 4 ff.
» 587 Abs. 2 . . . 80 f.
» 678 . . . . . 213 Erw. 2.
» 716 . . . . . 213 Erw. 2.
» 722 Ziff. 1 . . . 206 ff. Erw. 3 ff.
» 722 » 3 . . . 231 f.
» 724 Abs. 1 . . . 230 ff. Erw. 2 ff.
» 725 » 1 . . . 206 ff. Erw. 3 ff.
» 802 . . . . . 207 Erw. 3.
» 825 Ziff. 3 . . . 231.
» 843 . . . . . 232 Erw. 3, 249 f. Erw. 4.
» 881 . . . . . 433 Erw. 5, 438 Erw. 3.
» 882 Abs. 1 . . . 239 f. Erw. 3 f., 244 f. Erw. 3, 495 ff.

Art. 882 Abs. 2 Seite 240 Erw. 5, 244 f. Erw. 3, 496 Erw. 4.
» 883 . . . . . 496 Erw. 4.
» 889 . . . . . 74 Erw. 2, 81 Erw. 4, 227 ff. Erw. 4 f.
» 896 . . . . . 248 Erw. 2, 512.
» 910 . . . . . 240 Erw. 5.

Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881.

Art. 1 . . . Seite 486 ff.
» 7 . . . . . 34 Erw. 1, 521.
» 10 Abs. 2 . . . 486 ff.

Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881.

Art. 2 . . . Seite 482 Erw. 2.
» 5 litt. *b* . . . 55 Erw. 5, 482 ff. Erw. 2 ff.
» 5 » *c* . . . 483 ff. Erw. 3 ff.
» 6 Abs. 2 . . . 61 ff. Erw. 3 ff., 484 f. Erw. 4.
» 6 » 3 . . . 61 ff. Erw. 3 ff.

Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften vom 21. Dezember 1883.

Art. 2 . . . Seite 96 ff.
» 3 . . . . . 96 ff.

III. Konkordate.

Konkordat betreffend Konkursrecht in Falliments-fällen vom 15. Juni 1804/8. Juli 1818.

Art. 3 . . . Seite 442 ff. Erw. 1 ff.

Konkordat betreffend Eheeinsegnungen und Kopulationsscheine vom 6. Juli 1819/4. Juli 1820.

Art. 2 . . . Seite 335 f.
» 7 . . . . . 335 f., 470 f.

IV. Staatsverträge.

Vertrag der Schweiz mit Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urtheilen in Civilsachen vom 15. Juni 1869.

Art. 1 . . . Seite 31 ff.
» 3 . . . . . 31 f.
» 15 . . . . . 33 Erw. 5 ff., 293 ff.
» 16 Ziff. 2 . . . 33 Erw. 3.
» 16 » 3 . . . 33 f. Erw. 5.

Auslieferungsvertrag mit Frankreich vom 9. Juli 1869.

Art. 1 . . . Seite 458 ff.

Auslieferungsvertrag mit dem deutschen Reiche vom 24. Januar 1874.

Art. 1 . . . Seite 300 ff.
» 1 Ziff. 4 . . . 300 ff.
» 1 » 17 . . . 300 ff.
» 5 . . . . . 300 ff.

Vertrag zwischen dem Bundesrathe und dem heiligen Stuhl vom 1. September 1884.

Seite 113 ff., 135 ff.

III. Personenregister.

A) *Staatsrechtliche Entscheidungen.*

Seite

Aargau c. Spar- und Leihkasse Lenzburg und Genossen. 16
Affentranger, Erben c. Bernheim 272
Appenzell I.-Rh. c. Broger 447
» » c. Kern 376
» » c. Suter 104
Aschwanden c. Würsch und Flühler 266

Barell c. Schmid 387
Barras c. Collaud 99
Baselstadt c. Vogel und Genossen 168
Bär c. Treulin 440
Bättig c. Nordostbahn 276
Bavier c. Guggenheim 262
Bern c. König 258
» c. Scholl 164
» c. Tobler 281
» c. Röthlisberger 106
Bernheim c. Erben Affentranger 272
Biasca c. Tessin 363
Broger c. Appenzell I.-Rh. 447
Bucher c. Wittwe Hottinger 159
Burgoyne, Burbidges & Cie c. Süsstrunk und Genossen. 419

Christen c. Flury 434
Collaud c. Barras 99
Conti c. v. Gonzenbach 22
» » 290
v. Courten c. Wallis 251
Cramer c. Waadt 256

Seite
Deutschland c. v. Waldenburg und Siecke. 295
Dürler c. St. Gallen 444

Eynard, Erben c. Waadt und Genf. 109

Flühler und Würsch c. Aschwanden 266
Flury c. Christen 434
Frankreich c. Packe 457

St. Gallen c. Dürler 444
» c. Lichtensteig, katholische Schulgemeinde . 173
» c. Thurgau. 399
Genf und Waadt c. Erben Eynard 109
Gentil und Konsorten c. Waadt 6
v. Gonzenbach c. Conti 22
» » 290
Guggenheim c. Bavier. 262

Habermacher c. Halter und Müller 157
Hagedorn, Spinnerei und Weberei c. Vogel 356
Halter und Müller c. Habermacher 157
Hottinger, Wittwe c. Bucher 159
Hübner & Cie c. Märky 275

Jaccoud c. Lazard- Dreyfuss & Cie 11

Kempin c. Zürich 1
Kern c. Appenzell I.-Rh.. 376
König c. Bern 258
Kramer c. Waadt 256

Lazard-Dreyfuss & Cie c. Jaccoud 11
Lenzburg, Spar- und Leihkasse und Kons. c. Aargau . 16
Lichtensteig, katholische Schulgemeinde c. St. Gallen . 173

Märky c. Hübner & Cie 275
Meuron c. Rosset 429
Möhring c. Stigler 351
Monnet, Gläubiger c. Teissier 383
Monod c. Waadt 378
Müller und Halter c. Habermacher 157

Nordostbahn c. Bättig. 276

Seite
Packe c. Frankreich 457

Rosset c. Meuron 429
Röthlisberger c. Bern 106

Schmid c. Barell 387
Scholl c. Bern 164
Siecke und v. Waldenburg c. Deutschland 295
Spar- und Leihkasse Lenzburg und Genossen c. Aargau 16
Spinnerei und Weberei Hagedorn c. Vogel 356
Stigler c. Möhring 351
de Stoppani c. Tessin 113
Süsstrunk und Konsorten c. Bourgoyne Burbidges & Cie 419
Suter c. Appenzell I.-Rh. 104

Teissier c. Gläubiger Monnet. 383
Tessin c. Biasca, Gemeinde 363
» c. de Stoppani und Genossen 113
» c. Zürich 410
Thurgau c. St. Gallen 399
» c. Zürich 394
Tobler c. Bern 281
Treulin c. Bär 440

Vogel und Genossen c. Baselstadt 168
» c. Spinnerei und Weberei Hagedorn. 356

Waadt c. Cramer 256
» c. Erben Eynard 169
» c. Gentil und Konsorten 6
» c. Monod 378
v. Waldenburg und Siecke c. Deutschland. 295
Wallis c. von Courten. 251
Walther c. Walther 182
Würsch und Flühler c. Aschwanden 266

Zürich c. Kempin 1
» c. Tessin 410
» c. Thurgau 394

B) *Civilrechtliche Entscheidungen.*

Seite

Aebi c. Haberstich 186
Allenspach c. Schütz 88
Amberg, Wittwe c. Amberg und Genossen 234
Amberg und Genossen c. Wittwe Amberg 234
Appenzeller Stickerkrankenkasse c. Aylé-Idoux . . . 210
Arlès, Dufour & Cie c. von Schuhmacher 199
Aylé-Idoux c. Appenzeller Stickerkrankenkasse . . . 210

Banque cantonale vaudoise c. la *Liberté* 216
Bär c. Gossweiler und Konsorten 76
Bär & Cie c. Leu & Cie 229
Bern c. Grandjean und Genossen 338
» c. Vogt 342
Biadi c. Buret 498
Bigler c. Lehmann 35
Blessig, Braun & Cie c. Fierz 70
Boner und Walser c. Wittwe Zwicki 242
Brunner c. Mikolajczak 506
Bund c. Zürich 538 522
Bühler c. Jura-Bern-Luzernbahn 56
Bundesrath c. Uri und Tessin 461
Bundesrath c. Vereinigte Schweizerbahnen 92
Buret c. Biadi 498
Burnens c. Suisse-Occidental-Simplon 44

Centralbahn c. Ramseyer 473
Chaux-du-Milieu, Gemeinde und Neuenburg c. Freiburg und Gemeinde Maules 319

Dietschy und Genosson c. Geigy 304
Digel c. Vogel 59
Dürr c. Lütolf und Genossen 485

Fierz c. Blessig, Braun & Cie 70
Freiburg und Gemeinde Maules c. Neuenburg und Gemeinde Chaux-du-Milieu 319

Seite
Geigy c. Dietschy und Genossen 304
Glanzmann c. Schappegesellschaft Kriens 480
Gögg c. Laplanche. 515
Gossweiler und Konsorten c. Bär 76
Grandjean und Genossen c. Bern 338
Gujer c. Schuler. 490

Haberstich c. Aebi. 186
Hauser c. Mayer 314
Hauser c. Masse Stürzinger 310
Hohl c. Schefer und Genossen 204

Jura-Bern-Luzernbahn c. Bühler 56

Kammgarnspinnerei Schaffhausen c. de Weerth & Cie . 193
Kaufmann c. Schaller und Schwegler 220
Kriens, Schappegesellschaft c. Glanzmann. 480

Lambelet c. Waadt 522
Laplanche c. Gögg. 515
Lehmann c. Bigler. 35
Leu & Cie c. Bär & Cie 229
La *Liberté* c. Banque cantonale vaudoise 216
Lüti c. Rütishauser 82
Lütolf und Genossen c. Dürr. 485

Maget und Konsorten c. Wulliens 40
Mayer c. Hauser 314
Maules, Gemeinde und Freiburg c. Neuenburg und Gemeinde Chaux-du-Milieu 319
Merz c. Seethalbahn 50
Mikolajczak c. Brunner 506
Muri, Spar- und Leihkasse c. Unfallversicherungsgesellschaft Zürich. 38

Neuenburg und Gemeinde Chaux-du-Milieu c. Freiburg und Gemeinde Maules 319

Le *Phénix* c. Vincent. 245
Pouille c. Suisse-Occidentale-Simplon 476
Profumo c. Stumm 65
Pugin c. Pugin 187

Seite
Ramseyer c. Centralbahn 473
Rütishauser c. Lüti 82

Schaffhausen, Kammgarnspinnerei c. de Weerth & Cie . 193
Schaller uud Schwegler c. Kaufmann 220
Schappegesellschaft Kriens c. Glanzmann 480
Schefer und Genossen c. Hohl 204
Schuler c. Gujer 490
von Schuhmacher c. Arlès-Dufour & Cie 199
Schütz c. Allenspach 88
Schwegler und Schaller c. Kaufmann 220
Seethalbahn c. Merz 50
Société anonyme de filatures etc. à Kriens c. Glanzmann 480
Spar- und Leihkasse Muri c. Unfallsversicherungsgesellschaft Zürich 38
Stickerkrankenkasse Appenzell c. Aylé-Idoux . . . 210
Stumm c. Profumo 65
Stürzinger, Masse c. Hauser 310
Suisse-Occidentale-Simplon c. Burnens. 44
» » » c. Pouille 476

Tessin c. Bundesrath und Uri 461

Unfallsversicherungsgesellschaft Zürich c. Spar- und Leihkasse Muri 38
Union suisse c. Bundesrath 92
Uri c. Bundesrath und Tessin 461

Vereinigte Schweizerbahnen c. Bundesrath 92
Vincent c. Le *Phénix* 245
Vogel c. Digel 59
Vogt c. Bern 342

Waadt c. Lambelet 522
Waadt, Kantonalbank c. la *Liberté* 216
Walser und Boner c. Wittwe Zwicki 242
de Weerth & Cie c. Kammgarnspinnerei Schaffhausen . 193
Wulliens c. Maget und Konsorten 40

Zürich c. Bund 538 522
Zürich, Unfallsversicherungsgesellschaft c. Spar- und Leihkasse Muri 38
Zwicki, Wittwe c. Boner und Walser 242

IV. Verzeichniss der nicht publizirten Entscheide aus dem Jahre 1887.

A) Staatsrechtliche Entscheidungen.

Aargau, Gemeinde c. Elastikfabrik Suhr und Einwohnergemeinde Suhr.
Aargau c. Siegrist und Genossen.
» c. Kuhn und Hübscher.
» c. Scheller-Meier.
» c. Wirz.
Althaus c. Neuenburger Behörden.
Altorf, Gemeinde c. M. v. Knoblauch.
Amstad-Odermatt, Wittwe c. Bammert.
Appenzell I.-Rh. c. Wittwe Graf-Knechtle.
Aviolat c. Anklagekammer von Waadt.

Baden, Gemeinderath c. Vogt.
Bammert c. Amstad-Odermatt.
Basler Kreditgesellschaft und Genossen c. Grieder u. Mandel.
Bayard c. Ruche.
Bergün, Vormundschaftsbehörde c. Cloëtta.
Bern c. Bohl.
» c. Cottier.
» c. Hauser.
» c. Vicomte de Salignac-Fénélon und Konsorten.
» c. Kernen.
» »
» c. Seelhofer.
Biel, Einwohnergemeinde c. Römer und Genossen.
Blank c. Vormundschaftsbehörde Bolligen und Genossen.
Bohl c. Bern.
Boillot, Hennemann, Monnin & Cie c. Vevey.
Bolligen, Vormundschaftsbehörde und Genossen c. Blank.
Bölsterli, Jakob in Lindau.
Borel c. Waadt.

Brodmann und Genossen c. Stöcklin.
Brun c. Comte.
Bucher c. Obwalden.
Bucher c. Zug.
Buff, Arnold in Wald.
Bullet c. Jaquet-Bersier.
Burkhalter c. Gfeller.

Cadro, Gemeinde c. Tessin.
Castinel c. Freiburg.
Chaperon c. Chappaz.
Cloëtta c. Vormundschaftsbehörde Bergün.
Comte c. Brun.
Cordier, dame à Yverdon.
v. Courten, Ernst c. Wallis.
» » »
» Othmar »
» Katharina und Konsorten c. Wallis.
Cottier c. Bern.

Delmmuè und Konsorten c. Tessin.
Demond c. Thusis und Versam.
» c. Graubünden.
» »
Devaud c. Société de laiterie de Mossel.
Diogg c. Uri.
Dürr c. Lütolf und Genossen.

Erb c. Läufelfingen.

Fluck c. Ruckli.
Forster c. St. Gallen.
Freiburg c. Günzberger.
» c. Monney-Cornus.
» c. Pugin und Konsorten.
Füllemann-Madöri in Steckborn.

Galeazzi c. Confraternità di Sessa.
La Générale, Unfallsversicherungsgesellschaft c. Thommen.
Germania c. Udry und Konsorten.
Gfeller c. Burkhalter.
Ghirone, commune c. Monighetti.

Gilli c. Sandi-Gilli.
Glarus c. Spälti.
» c. Stüssi-Trümpi.
Gotthardbahn c. Tessin.
Graf-Knechtle c. Appenzell I.-Rh.
Graubünden c. Demond.
» c. »
» c. Hôtel du Lac, Aktiengesellschaft in St. Moritz.
» c. Michael.
Grieder c. Basler Kreditgesellschaft und Genossen.
Guntern c. Wallis.
Günzberger c. Freiburg.

Habermacher c. Halter.
Haid-Zihlmann c. Luzern.
Hauser c. Bern.
Hauswirth c. Saanen.
Held c. Pittet.
Héremence, consorts de la grande traite de, c. consorts de la branche de Vex.
Herzog c. Volksbank Hohenrein.
Hoffmann c. Uri.
Höppner, Mathilde in Zürich.
Huber c. Schaffhausen.
Hübscher c. Aargau.
Hug c. Stutz.

Jäggi, Robert in Oberwyl.
Jaquet-Bersier c. Bullet.

Kaltbach, Korporationsgemeinde c. Lang.
Kaufmann c. Luzern.
Keller c. Schaffhausen.
Kennel c. Schindler.
Kernen c. Bern.
» »
» »
v. Knoblauch c. Altorf.
Krieg c. Perrin.

Lac, Aktiengesellschaft de l'hôtel du, in St. Moritz c. Graubünden.

Lajoux les Genevez, paroisse c. Vicomte de Salignac-Fénélon et consorts.
Landerer c. Travallini.
Lang c. Kaltbach, Korporationsgemeinde.
Laserre c. Weiss.
Lassmann c. Russland.
Läufelfingen c. Erb.
Lehmann c. Matthys.
Leuenberger, Johann in Lenzburg.
» » »
Lötscher c. Luzern.
Lütolf und Genossen c. Dürr.
Luzern c. Haid-Zihlmann.
» c. Lötscher.
» c. Kaufmann.

Maillard c. Schönenweid.
Mandel c. Basler Kreditgesellschaft und Genossen.
di Mattei, Erben c. Tessin.
Matthys c. Lehmann.
Merz c. Zug.
Michael c. Graubünden.
Mikolajczak c. Eidgenössische Prüfungskommission für Apotheker.
Maggi c. Sandi-Gilli.
Monney-Cornus c. Freiburg.
Morel-Moura c. Mottaz.
St. Moritz, Aktiengesellschaft des Hôtel du Lac c. Graubünden.
Mossel, société de laiterie de, c. Devaud.
Mottaz c. Morel-Moura.
Müller-Brunner c. Stolz.

Nava c. Quadri.
Niquille c. Rime.

Oberurnen, Waisenamt c. Zindel.
Obwalden c. Bucher.
Olivone c. Tessin.
Othmarsingen, Gemeinde c. Wirz.

Peri c. Banca cantonale ticinesa.
Perrin c. Krieg.

Pfister c. Zürich.
Pillonel c. Pillonel.
Pirotta c. Zug.
Pittet c. Held.
Providoli Masse c. Providoli.
Pugin und Konsorten c. Freiburg.

Quadri c. Nava.

Radziejewsky c. Russland.
Rawyler und Konsorten c. Waadt.
Rime c. Niquille.
Römer und Konsorten c. Biel.
Ruche c. Bayard.
Ruckli c. Fluck.
Russland c. Radziejewsky.
» c. Lassmann.

Saanen, Gemeinde c. Hauswirth.
de Salignac-Fénélon und Konsorten c. Lajoux les Genevez.
Sandi-Gilli c. Gilli und Moggi.
Schaffhausen c. Huber.
» c. Keller.
Scheller-Meier c. Aargau.
Schenk-Krieg und Konsorten c. Blank.
Schindler c. Kennel.
Schwyz c. Sutermeister.
Seelhofer c. Bern.
Sessa, Confraternità di c. Erben Galeazzi.
Siegrist und Genossen c. Aargau.
Spälti c. Glarus.
Stöcklin c. Brodmann und Genossen.
Stolz c. Müller-Brunner.
Strickler c. Zug.
Stüssi-Trümpi c. Glarus.
Stutz c. Hug.
Suhr, Elastikfabrik und Einwohnergemeinde c. Aarau, Einwohnergemeinde.
Sutermeister c. Schwyz.
» »

Thommen c. La Générale, Unfallsversicherungsgesellschaft.
Tessin c. Cadro.
» c. Gotthardbahn.
» c. Olivone.
» Kantonalbank c. Peri und Konsorten.
Travallini und Konsorten c. Landerer.

Udry und Konsorten c. Germania.
Uri c. Diogg.
» c. Hoffmann.

Versam c. Demond.
Vex, consorts de c. Héremence, consorts.
Vivis c. Boillot, Hennemann, Monnin & Cie
Vogt c. Baden, Gemeinderath.

Waadt c. Aviolat.
» c. Borel.
» c. Rawyler und Konsorten.
Wallis c. Ernst von Courten.
» » »
» c. Othmar von Courten.
» c. Katharina von Courten.
» c. Guntern.
» c. Zimmermann.
Weibel-Iseli in Bümpliz.
Weiss c. Zug.
» c. Laserre.
Widmer-Habermacher c. Halter und Genossen.
Wirz c. Aargau.

Zimmermann c. Wallis.
Zindel c. Waisenamt Oberurnen.
Zug c. Bucher und Strickler.
» c. Pirotta.
» c. Weiss.
Zürich c. Pfister.

B) Civilrechtliche Entscheidungen.

Aargau c. Lenzin.

Baden, Gemeinderath c. Vogt.
Bammert c. Tuggen.
Baumgartner c. Graf.
Bellinzona, Gemeinde c. Bonzanigo.
Bender c. Lanz.
Bennighof, Erben c. Böppli.
Bernegger-Blumer Eheleute.
Berner Handelsbank c. Kaiser-Küpfer und Genossen.
Bertschinger-Zollinger Eheleute.
Beusch c. Neuwiler.
Blum c. Schaffhausen.
Bollinger c. Nordostbahn.
Bonzanigo c. Bellinzona, Gemeinde.
Böppli c. Bennighof, Erben.
Bossart c. Probst & Cie
Brun c. Mayor.
Bürgi und Genossen c. Maring.

Calame c. Castelberg.

Denner-Reiff, Eheleute.
Digel c. Vogel.
Dörflinger c. Grivelli-Fallegger.
Ducret-Pittet c. Evêquoz und Roten.
Duperret c. Pochelon.
Dusonchet c. Le *Phénix*.

Egli-Reimann c. Schmid.
Einsiedeln, Stift-und Bezirksrath c. Neef.
Ephrussi & Cie c. Schmidhauser.
Ermell c. Käsereigesellschaft Murten.

Favre c. La *Bâloise*.
Fleuret c. Pochelon.

Flückiger-Bachmann, Eheleute.
Fluhr und Genossen c. Maring.
Freiburg c. Hayoz.
» c. Python.

Gemuseus-Heer c. Lübecker Feuerversicherungsgesellschaft.
Genf c. Baumgartner.
» c. Waadt.
Gotthardbahn c. Grütter.
Grivelli-Fallegger c. Dörflinger.
Gross-Schär, Eheleute.
Grüter c. Mühlethaler.
Grütter c. Gotthardbahn.

Haas jeune & Cie c. Peloux-Court.
Hayoz c. Freiburg.
Hegner-Diethelm c. Sutermeister.
Herzog-Grauwiler, Eheleute.
Herzog c. Volksbank Hohenrain.
Hohenrain, Volksbank c. Herzog.

Kaiser-Küpfer und Genossen c. Berner Handelsbank.
Kaltenmayer c. Waldvogel.
Kannabich-Pollak, Eheleute.
Kunz, Pfändler und Genossen c. Teissier.

Lanz c. Bender.
Lenzin c. Aargau.
Lübecker Feuerversicherungsgesellschaft c. Gemuseus-Heer.

Maillard c. Schönenweid.
Maring und Genossen c. Bürgi und Genossen.
Mayor c. Brun.
» c. Robert.
Mühlethaler c. Grüter.
Murten, Käsereigesellschaft c. Ermell.

Neef c. Stift Einsiedeln und Genossen.
Neuwiler c. Beusch.
Nordostbahn c. Bollinger.

Peloux-Court c. Haas jeune & Cie.
Pfister-Wolfensberger, Eheleute.
Le *Phénix* c. Dusonchet.
Pochelon c. Fleuret.
» c. Duperret.
Probst & Cie c. Bossart.
Python c. Freiburg.

Renaud-Weber Eheleute.
Richard c. Weber.
Robert c. Mayor.
Roten c. Ducret-Pittet.

Schaub-Küttel, Eheleute.
Schmid c. Egli-Reimann.
Schmidhauser c. Ephrussi & Cie.
Schönenweid c. Maillard.
Schwyz c. Neef.
Solothurner Kantonalbank und Kreditbank c. Berner Handelsbank.
St. Sulpice, Gemeinde und Konsorten c. Chemin de fer du Val de Travers.
Sutermeister c. Hegner-Diethelm.

Teissier c. Kunz, Pfändler und Konsorten.
Tercier, Eheleute.
Travers, Lokalbahngesellschaft c. St. Sulpice und Genossen.

Vassali-Mayor, Eheleute.
Vogel c. Digel.
Vogt-Oederlin c. Baden, Gemeinderath.

Waadt c. Genf.
Waldvogel c. Kaltenmeyer.
Weber c. Richard.
Wohnlich und Genossen c. Bürgi und Genossen.

Zürcher-Preisig, Eheleute.

V. Zusammenstellung der Entscheidungen nach den drei Nationalsprachen.

I. *Staatsrechtliche Entscheide.*

1. Aus dem deutschen Landestheile 107, wovon abgedruckt 33.

2. Aus den romanischen Landestheilen 51, wovon abgedruckt 11.

Hievon fallen 11 Entscheide, wovon abgedruckt 3, auf den italienisch, die übrigen 40 auf den französisch sprechenden Theil der Schweiz.

II. *Civilrechtliche Entscheide.*

1. Aus dem deutschen Landestheile 69, wovon abgedruckt 31.

2. Aus den romanischen Landestheilen 29, wovon abgedruckt 11.

Hievon fällt 1 nicht abgedruckter Entscheid auf den italienisch, die übrigen 28 fallen auf den französisch sprechenden Theil der Schweiz.

VI. Berichtigungen.

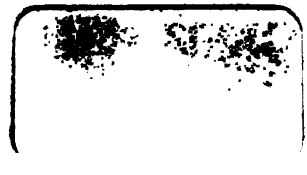
Seite 81 Zeile 10 von unten lies « des Organisationsgesetzes » statt « des Obligationenrechtes.

» 127 Zeile 4 von unten lies « Absatz 2. »

» 239 Erw. 3 Zeile 5 und 6 lies « betagtes » statt « belegtes. »

» 328 Zeile 12 und 23 sollte mit den dort enthaltenen Ziffern 2 und 3 je ein neues Alinea beginnen.

Die Entscheidung Nr. 80, Seite 485, in Sachen Dürr gegen Lütolf und Genossen ist irrthümlich unter die Rubrik « Obligationenrecht, Droit des obligations » eingereiht, während sie die Ueberschrift « Persönliche Handlungsfähigkeit, Capacité civile » tragen sollte.

Lausanne. — Imprimerie Georges Bridel.

Bx, G. Nb.